фъ

ніе

у

а

Проф. І. Колеръ.

ВВЕДЕНІЕ ВЪ НАУКУ ПРАВА

(КРАТКІЙ КУРСЪ ПРАВОВѢДѢНІЯ).

Переводъ съ нѣмецкаго **В. А. Гольденберга** подъ редакціею Сенатора **С. Ф. Платонова.**

Изданіе „Вѣстника Права“.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1903.

VI В 4 +

Проф. I. Колеръ.

ВВЕДЕНIЕ ВЪ НАУКУ ПРАВА

(КРАТКIЙ КУРСЪ ПРАВОВѢДѢНIЯ).

Переводъ съ нѣмецкаго **В. А. Гольденберга** подъ редакцiею Сенатора **С. Ф. Платонова**.

Изданiе „Вѣстника Права“.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФIЯ
1903.

418418

ОГЛАВЛЕНІЕ

Стр.

Введеніе. Основныя понятія. §§ 1—3 . . . 3— 6

I. Частное право . . . . 6—126

А. Общая часть §§ 4—15 . . . . 6— 30

В. Личныя права §§ 16—21 . . . . . . 30— 41

С. Вещное право §§ 22—27 . . . . . . 41— 63

D. Обязательственное право §§ 28—36 . . 63— 86

Е. Торговое право §§ 37—41 . . . . . . 86—106

F. Имущественныя права супруговъ и наслѣдственное право §§ 42—52 . . . . 106—126

II. Право публичное . . . . 127—261

А. Государственное и церковное устройство §§ 53—64 . . . . 127—149

Б. Охрана права:

1. Гражданскій процессъ §§ 65—76 . 149—167
2. Уголовное право §§ 77—92 . . . 167—227
3. Уголовный процессъ §§ 93—101 . 227—244

В. Международное право . . . . . . 244—261

ВВЕДЕНІЕ

ВЪ НАУКУ ПРАВА

ВВЕДЕНІЕ.

ОСНОВНЫЯ ПОНЯТІЯ.

§ 1.

Правопорядокъ есть обязательный строй человѣческихъ отношеній, сложившійся въ общественную форму подъ вліяніемъ общественной природы человѣка.

Право вытекаетъ, такимъ образомъ, изъ *общественной природы человѣка.*

Исходнымъ пунктомъ прежнихъ воззрѣній на возникновеніе права былъ индивидуумъ, дѣйствующій по своему произволу; столкновеніе людей другъ съ другомъ повели будто къ взаимнымъ уступкамъ и, наконецъ, къ всеобщему самоограниченію: такъ, говорили, создалось право.

Такая точка зрѣнія неправильна: человѣкъ съ древнѣйшихъ временъ существовалъ не какъ обособленная единица, а лишь какъ часть извѣстнаго прочнаго общественнаго цѣлаго, которое господствовало съ непреодолимой силой надъ отдѣльной личностью; индивидуумъ противопоставляется обществу лишь впослѣдствіи. Люди споконъ вѣку выступаютъ группами, группами дѣятельными, инстинктивному велѣнію которыхъ неуклонно слѣдуетъ отдѣльная личность. Не созданіе соціальнаго общежитія явилось плодомъ эволюціи культуры, а скорѣе относительное освобожденіе индивидуума и примиреніе этой относительной свободы съ правами и требованіями цѣлаго; надо было создать извѣстный порядокъ, при которомъ инди-

видуумъ, не уклоняясь отъ цѣлаго, могъ бы обладать въ извѣстной мѣрѣ свободой дѣйствій и поступковъ.

Итакъ, ходъ культурнаго развитія въ дѣйствительности совершенно не соотвѣтствуетъ прежнимъ представленіямъ,— культура не ограничила свободы индивидуума, а, наоборотъ, создала ее.

Правопорядокъ есть *порядокъ принудительный*, въ этомъ его отличіе отъ *обычая* и *морали*.

Въ началѣ *обычай*—это все; цѣлое требуетъ отъ индивидуума совершенно опредѣленнаго образа жизни во всѣхъ проявленіяхъ его дѣятельности и даже въ сферѣ его отношеній къ божеству; даже религіозные обряды выражаются въ формѣ строго-обязательныхъ предписаній. Собственно говоря индивидуумъ не имѣетъ самостоятельныхъ мыслей и желаній,— для него само собой разумѣется, что дѣйствія его должны быть совершенно подчинены волѣ цѣлаго. Онъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ извѣстной нормы, подобно тому какъ онъ говоритъ сообразно съ правилами языка; онъ дѣйствуетъ непроизвольно, какъ бы во снѣ, подчиняясь какому то внутреннему велѣнію, такъ же, какъ онъ говоритъ, слѣдуя какимъ то вовсе ему неизвѣстнымъ правиламъ языка. Въ немъ царитъ духъ всеобщности (Allgemeinheit).

Отдѣленіе права отъ обычая представляетъ собой своеобразный процессъ. Наступаетъ время, когда отдѣльныя предписанія обычая перестаютъ носить прежній обязательный характеръ, многое предоставляется въ большей или меньшей степени на усмотрѣніе отдѣльному семейству или даже отдѣльной личности; въ данномъ отношеніи одни оказываются болѣе консервативными, другіе болѣе либеральными. Одновременно съ этимъ извѣстные обычаи продолжаютъ господствовать въ такой мѣрѣ, что только тотъ считается истиннымъ членомъ общества, кто ихъ безусловно соблюдаетъ. Такъ происходитъ процессъ отдѣленія права отъ обычая. Появленіе *морали, какъ извѣстнаго высшаго порядка, стоящаго надъ порядкомъ правовымъ*, который господствуетъ надъ личностью не путемъ соціальнаго принужденія, а лишь въ силу религіозныхъ предписаній, а впослѣдствіи силой индивидуальнаго міросозерца-

нія, есть продуктъ позднѣйшей эпохи; такъ называемые первобытные народы не знаютъ морали, въ ихъ умѣ даже не складывается представленія о ней [1]).

§ 2.

Право, какъ и обычай, не мертво,—оно есть *нѣчто живое*. Правопорядокъ находится въ постоянномъ движеніи; не существуетъ неподвижнаго, пригоднаго для всякаго времени, права. Но какъ возникновеніе права, такъ и его развитіе, долго остается совершенно наивнымъ и непроизвольнымъ, оно создается безсознательнымъ влеченіемъ, царящимъ въ человѣчествѣ. Старое становится слишкомъ тѣснымъ для новой эпохи, оно не подходитъ больше къ жизни, мало по малу оно устраняется и на его мѣсто создается новое; и тутъ остается правильной аналогія развитія права и языка. Лишь позднѣе человѣкъ отнесется объективно къ правопорядку и начнетъ сознательно придавать ему опредѣленную форму и совершенствовать,—этотъ процессъ начинается въ періодъ „военноначальниковъ“ (Häuptlingtum).

§ 3.

Выдѣлившееся изъ обычая право подчиняетъ себѣ всю область жизненныхъ отношеній индивидуума, касаясь не только его земныхъ, матеріальныхъ интересовъ, но также его *религіи* и обрядовыхъ вѣрованій.

Постепенно *сакральное* право отдѣляется отъ обыденнаго, свѣтскаго (profan). Сакральное право слѣдуетъ своимъ особымъ законамъ, а право свѣтское развивается свободно и независимо, какъ въ вопросахъ опредѣленія взаимныхъ отношеній индивидуумовъ въ небольшихъ группахъ, такъ и въ опредѣленіи ихъ отношеній къ цѣлому.

Такимъ образомъ постепенно отдѣляется *частное право*

---

[1]) Ср. мои объясненія въ „Weltgeschichte“ Helmholtz'а I p. 47.

отъ *права публичнаго*; это отдѣленіе происходитъ, разумѣется, вначалѣ совершенно безсознательно,—норма создается не путемъ сознательнаго примѣненія человѣческаго знанія. Подобно тому какъ потребность въ составленіи грамматики языка появляется впервые у лица, говорящаго на другомъ нарѣчіи, такъ и норма права абстрагируется изъ правоотношеній извѣстнаго народа и облекается въ опредѣленную форму лишь чужестранцемъ.

Право публичное въ началѣ обходится небольшимъ количествомъ нормъ: подчиненность индивидуума цѣлому почти безгранична; лишь степень участія отдѣльныхъ семействъ и положеніе, занимаемое ими, въ управленіи опредѣляется извѣстными правилами; значеніе этихъ правилъ ростетъ съ развитіемъ эпохи „военноначальниковъ" (Häuptlingtum), когда отдѣльныя семьи сохраняютъ извѣстную самостоятельность по отношенію къ начальникамъ.

Частное право съ самыхъ раннихъ поръ охватываетъ огромную массу жизненныхъ отношеній, и нормы его поэтому изстари весьма разнообразны и часто детально разработаны.

I.

ЧАСТНОЕ ПРАВО.

А. Общая часть.

§ 4.

Частное право заключаетъ въ себѣ нормы не только для отдѣльной личности, но также и для отдѣльныхъ союзовъ (группъ), поскольку они не входятъ въ составъ правительственной власти.

Споконъ вѣка право существовало не только для отдѣльной личности. За цѣлымъ непосредственно слѣдуетъ не индивидуумъ, а родовой союзъ, семья и цѣлый рядъ семьеподобныхъ союзовъ. Человѣкъ искони былъ существомъ крайне общительнымъ и человѣческая дѣятельность проявляется лишь въ общеніи съ себѣ подобными. Отсюда вытекаетъ, что такъ на-

зываемыя *юридическія лица*, т. е. совокупности физическихъ лицъ, выступающія носительницами правъ въ правовомъ оборотѣ, существовали всегда. Юридическія лица не являются плодомъ досужихъ изысканій и умствованій, они созданы потребностями человѣческой жизни и соціальнымъ инстинктомъ. Лишь постепенно индивидуумъ выдвигается въ качествѣ отдѣльной самостоятельной личности.

Какъ отдѣльныя лица, такъ и группы лицъ входятъ во взаимныя сношенія, которыя требуютъ извѣстной принудительной нормировки: это и создаетъ *частное право.*

Эти нормы, какъ я уже отмѣчалъ, не появляются сразу непосредственно, а незамѣтно коренятся въ общественныхъ обычаяхъ. Очень скоро созрѣваетъ общее убѣжденіе, что извѣстныя отношенія должны быть охраняемы, что извѣстныя установленія должны считаться священными и неприкосновенными. Этого рода отношенія и установленія позднѣе получаютъ названіе правъ и правовыхъ институтовъ и такимъ образомъ возникаетъ различіе между *правомъ въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ*. Послѣднее тождественно съ правопорядкомъ, а первое есть *извѣстное субъективное отношеніе, которое признается неприкосновеннымъ съ точки зрѣнія правопорядка.* Раздѣленіе права на объективное и субъективное есть первая ступень частнаго права: право въ субъективномъ смыслѣ есть извѣстное конкретное отношеніе санкціонированное правопорядкомъ.

Много спорили о томъ, что появилось раньше объективное или субъективное право; это праздный споръ, онъ возникъ только вслѣдствіе недостатка историческаго пониманія. Онъ аналогиченъ спору о томъ, что появилось раньше синтаксическое правило или предложеніе: въ началѣ одно не отдѣлялось отъ другого. Такъ точно и объективное право существовало наряду съ соотвѣтствующимъ ему субъективнымъ отношеніемъ, какъ въ эпоху господства обычая, такъ и въ періодъ отдѣленія обычая отъ права. Подобно тому какъ люди въ періодъ созданія членораздѣльной рѣчи, вмѣстѣ съ образованіемъ въ разговорѣ предложенія устанавливали и правило рѣчи, такъ и объективное право безсознательно созидалось

ими путемъ субъективныхъ отношеній. Только рефлекторная дѣятельность разума, привходя къ органическому процессу, начинаетъ противопоставлять норму ея примѣненію, подобно тому какъ открытіе законовъ природы есть результатъ позднѣйшей духовной дѣятельности человѣка, изслѣдующаго ея явленія. Какъ объективное, такъ и субъективное право создавалось органически, существовали спокон вѣку, съ тѣхъ поръ какъ существуетъ человѣчество,—они наслѣдственные элементы нашей природы.

§ 5.

Объективное право, вытекая изъ обычая, имѣетъ своей основой привычку. Обычай создается не внѣшней цѣлесообразностью привычки, а интуитивнымъ убѣжденіемъ, что онъ свойственъ данному народу и является выраженіемъ народнаго духа; таковы и источники и основа права. Много писалось объ источникѣ обычнаго права, но при этомъ упускалось изъ виду то существенное обстоятельство, что правовая привычка вытекаетъ изъ обычая и есть лишь одна изъ вѣтвей послѣдняго.

Сначала одинъ обычай создаетъ все право; лишь съ развитіемъ господства вождей случалось, что вождь издавалъ распоряженія, которыя какъ и всѣ его желанія были обязательны для племени; въ этихъ распоряженіяхъ заключены правоположенія, и потому они имѣли вліяніе на правовую жизнь народа. Такъ развивается наряду съ обычнымъ правомъ право положительное *(право закона)*. Съ развитіемъ государственной жизни положительное право принимаетъ все новыя и болѣе важныя формы; представляя изъ себя сначала рѣдкое явленіе, оно съ теченіемъ времени получаетъ значительный перевѣсъ надъ обычнымъ правомъ.

Впрочемъ, наряду съ правомъ вождей или старѣйшинъ и другой моментъ способствовалъ въ значительной степени развитію законодательства,—это сакральное начало. Божество, которому поклонялся народъ, диктовало ему свои законы; законы эти были нравственнаго, гигіеническаго, но также и правового

характера. Сакральное законодательство придаетъ всему другой оборотъ: эти законы считаются вѣчными и неизмѣнными, такъ какъ они велѣнія божества; этой идеей проникнуто право восточныхъ народовъ. Какъ въ іудейскомъ, такъ и въ мусульманскомъ правѣ господствовала идея, что всѣ завѣты откровенія вплоть до мелочей должны быть вѣчно соблюдаемы. Съ прекращеніемъ значенія сакральнаго права эта идея падаетъ и единогласно признается, что позднѣйшій законъ можетъ отмѣнить старый. Изъ всѣхъ законодательствъ, дѣйствовавшихъ въ культурномъ мірѣ, особенно важную роль сыграла *римское.* Нѣмецкая правовая жизнь находилась долгое время подъ непосредственнымъ и рѣшающимъ вліяніемъ послѣдняго. Хотя на первый взглядъ это покажется страннымъ, но въ Германіи римское право получило силу положительнаго права; это событіе извѣстно подъ именемъ рецепціи. Рецепція основана на идеѣ, что германское государство есть какъ бы продолженіе римскаго, а потому римскіе законы имѣли, какъ полагали, для германцевъ такую же силу, какъ и законы нѣмецкихъ королей. Въ дѣйствительности римское право было на практикѣ видоизмѣнено и дополнено сообразно потребностямъ. Такимъ образомъ, въ сущности было рецепировано не римское право, а подъ видомъ его германское только, видоизмѣненное воздѣйствіемъ римскихъ идей. Благодаря этому обстоятельству, источники римскаго права получили особенное значеніе. Эти источники, поскольку они явились объектомъ рецепціи, объединены въ законодательномъ памятникѣ, извѣстномъ подъ именемъ *Corpus juris.* Этотъ законодательный памятникъ былъ изданъ византійскимъ императоромъ Юстиніаномъ въ 533 и 534 г.г.; самую важную часть его составляетъ собраніе изреченій римскихъ юристовъ, приведенныхъ въ извѣстный порядокъ подъ названіемъ *дигестъ.* Дигесты содержатъ въ себѣ огромную массу глубокихъ юридическихъ соображеній и виртуозныхъ казуистическихъ построеній, вотъ почему они никогда не потеряютъ своего значенія. На ряду съ дигестами въ Corpus juris стоятъ такъ называемыя *институціи*,—краткій конспектъ права. Затѣмъ слѣдуетъ такъ называемый *кодексъ*,

содержащій въ себѣ множество императорскихъ законовъ и постановленій, которые подчасъ свидѣтельствуютъ о глубокомъ юридическомъ разумѣніи, хотя въ общемъ онъ стоитъ ниже дигестъ. Послѣднюю часть Corpus juris, называемую *новеллы*, составляютъ позднѣйшія постановленія Юстиніана, который какъ съ формальной, такъ и съ матеріальной стороны, оставляютъ многаго желать. Corpus juris подвергся въ такъ называемой школѣ *глассаторовъ* въ Болоньѣ подробной и своеобразной обработкѣ. Толкованія глоссаторовъ послужили основой для послѣдующихъ работъ постглоссаторовъ, главнымъ образомъ Bartolus'а и Baldus'а, которые являются, собственно говоря, создателями новаго римскаго права, такъ какъ они установили связь его съ практической жизнью [1]).

Между тѣмъ церковь выработала свое особое право, изъ котораго образовался своего рода Corpus juris, такъ называемый *Декретъ Граціана*; одна часть его состоитъ изъ самыхъ разнообразныхъ элементовъ, а въ другой заключаются папскія постановленія. Подробно тому какъ изученіе римскаго права создало цивилистовъ, такъ на почвѣ изученія церковнаго права появились канонисты и образовалась новая научная отрасль, получившая свое развитіе въ итальянскихъ южно-французскихъ, и впослѣдствіи и нѣмецкихъ университетахъ.

Германское право, не взирая на воздѣйствіе римскихъ юридическихъ положеній, частью приняло форму модификаціи римскаго права, частью-же вылилось въ своеобразныя правовыя формы. Еще до рецепціи римскаго права, т. е. до XIV вѣка, нѣмецкое право получило свое выраженіе въ обычаяхъ и въ законоположеніяхъ. Нерѣдко эти обычаи записывались и такимъ образомъ возникли законодательные сборники, изъ которыхъ наиболѣе извѣстныя *Саксонское и Швабское зерцала*.

Взаимодѣйствіе нѣмецкихъ и римскихъ идей повело къ

---

[1]) Важная заслуга постглоссаторовъ не нашла достаточной оцѣнки, а между тѣмъ никто изъ послѣдующихъ юристовъ не имѣетъ такого значенія, какъ Bartolus.

многочисленнымъ конфликтамъ, особенно съ тѣхъ поръ, какъ римское право стало извѣстнымъ въ его чистомъ видѣ, что случилось въ XVI вѣкѣ во Франціи, а затѣмъ въ XIX вѣкѣ въ Германіи послѣ того, какъ *Савиньи* основалъ такъ называемую историческую школу. Къ этому присоединилось то обстоятельство, что жизнь выдвигала новые институты и такимъ образомъ возникла такъ называемая эпоха кодификаціи, когда старались заключить право въ параграфы законовъ. Такія попытки встрѣчались раньше, но онѣ носили въ большинствѣ случаевъ несовершенный характеръ и не задавались цѣлью исчерпать весь правовой матеріалъ. Кодификаціи въ современномъ смыслѣ начались въ Германіи въ серединѣ XVIII в.; изъ нихъ наибольшее значеніе имѣютъ *баварское и прусское Landrecht, Code cevil* и *саксонское уложеніе*. Всѣ эти кодификаціи большей частью съ 1 января 1900 г. замѣнены въ Германіи новымъ германскимъ гражданскимъ уложеніемъ *(Bürgerliches Gesetzbuch)*. Изданіе германскаго гражданскаго уложенія осуществило завѣтныя мечты нѣмецкихъ патріотовъ объ одномъ общемъ кодексѣ, въ которомъ были бы соединены римское и германское начало, который придалъ бы особенное значеніе германскому праву и проложилъ бы новые пути современному культурному развитію. 18-го августа 1896 г. новое уложеніе было утверждено императоромъ и 1 января 1900 года обнародовано; великолѣпный законодательный памятникъ, быть можетъ, мало соотвѣтствующій народному духу и написанный подчасъ тяжелымъ для пониманія языкомъ, но который по своему замѣчательному содержанію высоко цѣнится и за границами Германіи. Въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи право въ Германіи должно опираться именно на это уложеніе, но не слѣдуетъ оставлять въ сторонѣ историческій методъ изслѣдованія, ибо только такимъ путемъ можно понять всякій кодексъ.

Подобно гражданскому праву давно уже кодифицированы уголовное право, гражданскій и уголовный процессы, а также и торговое право.

§ 6.

Итакъ, субъективное право есть санкціонированное и охраненное правопорядкомъ отношеніе. Подобныя отношенія прежде всего возникаютъ между людьми; но природа вторгается въ кругъ человѣческихъ отношеній. Необходимость для человѣка искать средствъ къ существованію у природы издавна привела къ господству его надъ окружающими одушевленными и неодушевленными предметами; къ этому присоединились проявленія настроенія человѣка и живущій въ немъ инстинктъ властвованія. Такъ какъ люди подчинили себѣ природу, то на ряду съ отношеніями людей другъ къ другу возникли также *отношенія людей къ вещамъ*. Эти отношенія вначалѣ очень свободны: никто и не думаетъ о строгомъ распредѣленіи; понятіе собственности въ нашемъ смыслѣ вначалѣ мало развито, такъ какъ все принадлежитъ всѣмъ. Мало-по-малу, правда робко и медленно, развиваются опредѣленныя отношенія отдѣльныхъ семействъ къ отдѣльнымъ вещамъ, а также извѣстныя отношенія отдѣльнаго человѣка къ природѣ. Не то принадлежитъ человѣку, что онъ добылъ, а то что онъ избралъ для своего употребленія или то, что подвластно его духу—покровителю, потому что не только племена и семьи, но и отдѣльныя личности имѣли своихъ духовъ и все то, что служитъ для личнаго пользованія даннаго индивидуума, проникнуто этимъ духомъ—покровителемъ. Такъ возникаютъ отношенія отдѣльной личности къ природѣ, является понятіе о собственности и возникновеніе ея.

Въ послѣднее время многіе утверждаютъ, будто не существуетъ непосредственнаго отношенія индивидуума къ природѣ, а лишь отношенія индивидуумовъ другъ къ другу, такъ что вещи всегда являются въ правѣ постороннимъ и безжизненнымъ элементомъ и торчатъ въ немъ, какъ стрѣла въ тѣлѣ, играя совершенно побочную роль,—нѣчто въ родѣ посторонняго лица, мѣшающаго влюбленной парочкѣ, отъ котораго она бы охотно отдѣлалась. Но это совершенно неправильно: вещи вторгаются въ отношенія человѣка, сопутствуютъ ему во всѣхъ его дѣйствіяхъ, и вмѣстѣ съ исчез-

новеніемъ коммунизма является насущная потребность въ санкціонированіи и охранѣ именно отношенія къ вещамъ. Отношеніе человѣка къ вещи часто заслоняется господствовавшимъ міросозерцаніемъ, по которому вещь предполагалась проникнутой духомъ, который вступаетъ въ болѣе близкія отношенія съ духомъ человѣка—собственника: человѣкъ сносится съ духомъ вещи, служитъ ему, а послѣдній человѣку. Даже когда исчезаетъ этотъ культъ духовъ, человѣкъ привязывается именно къ вещи своимъ сердцемъ, своими думами и помыслами; отношеніе остается такимъ же и тогда, когда собственность перестаетъ носить сакральный характеръ и становится свѣтской и обыденной.

На это возражаютъ, что между человѣкомъ и вещью не могутъ возникать никакія притязанія, что вещь не можетъ нарушить правъ человѣка, а слѣдовательно, лежитъ внѣ области права; наконецъ, выставляли на видъ то обстоятельство, что отношенія человѣка къ вещи необходимо презюмируютъ существованіе другихъ людей, и никто не можетъ будто быть собственникомъ, если онъ напр. живетъ на необитаемомъ островѣ. Всѣ эти возраженія меня не смущаютъ: право не тождественно съ притязаніемъ, объектъ права отнюдь не долженъ быть ни реальнымъ, ни потенціальнымъ нарушителемъ правъ, наконецъ, если существованіе третьихъ лицъ и необходимо для возникновенія правопорядка, то все же, разъ таковой уже возникъ, онъ можетъ освящать отношеніе человѣка къ вещи, какъ это дѣлаетъ и религія.

Отсюда вытекаетъ, что существуютъ не только права, противопоставляющія человѣка человѣку, но и *права противопоставляющія человѣка вещи*,—послѣднія, конечно, лишь при томъ основномъ условіи, что правовой порядокъ вообще существуетъ и что природа считается культурнымъ факторомъ человѣческой общественной жизни.

§ 7.

Наряду съ правами стоятъ *правоотношенія*,—отношенія, находящіяся подъ охраной права. Въ этихъ отношеніяхъ

возможны не только двѣ альтернативы,—возникновеніе и уничтоженіе, но они представляютъ собой цѣлесообразное развитіе во времени, порождающее разнаго рода права и требованія, какъ напр. отношенія товарищества или найма. Впрочемъ, это различіе между правомъ и правоотношеніемъ не носитъ абсолютнаго характера, такъ какъ и права подвергаются подчасъ измѣненію и развитію, различіе обусловливается главнымъ образомъ тѣмъ, преобладаетъ-ли прочность или же измѣнчивость. Я буду говорить о правахъ, но все что касается ихъ, касается по общему правилу и правоотношеній.

§ 8.

Для существованія субъективнаго права необходимо существованіе личности. *Носителемъ правъ является личность;* объектомъ права можетъ быть какъ лицо, такъ и вещь, но субъектомъ естественно можетъ быть только лицо, такъ какъ лицо равно субъекту права и субъектъ права равенъ лицу.

Но лицо не тождественно съ человѣкомъ. Какъ упоминалось выше, еще до возникновенія правъ человѣка существовали права человѣческихъ союзовъ. Союзы, носящіе характеръ лица, являющіеся носителями правъ, называются *юридическими лицами*. Юридическія лица существовали всегда; современное право также не можетъ обойтись безъ нихъ. Общественный инстинктъ побуждаетъ людей соединенными силами добиваться общей цѣли, для достиженія которой не хватаетъ одной человѣческой жизни. Если дѣятельность союза носитъ даже временной характеръ, то члены его составляютъ все же не простую совокупность лицъ, а правовую, т. е. союзъ со свойственнымъ ему количествомъ правъ. Такимъ путемъ концентрируются масса силъ и энергіи, что даетъ возможность преодолѣть самыя крупныя препятствія.

Итакъ, юридическія лица суть въ большинствѣ случаевъ *союзы* т. е. общества, состоящія изъ нѣсколькихъ людей, и предназначенныя быть носителями правъ и обязанностей. Эти общества могутъ носить публичный характеръ, т. е.

находиться въ связи съ правительствомъ, но они могутъ быть и частными безъ всякаго отношенія къ правительственной власти. Первоначально они возникали сами собой, вызванныя потребностями жизни. У многихъ народовъ юноши образуютъ союзы, объединенные извѣстнымъ образомъ посвященія; женщины образуютъ свои союзы, естественно также возникаютъ союзы въ родѣ цеховыхъ кастъ. Въ настоящее время корпораціи образуются сознательно и обдуманно: условія ихъ существованія и дѣйствій изложены въ ихъ статутахъ.

При болѣе сложныхъ условіяхъ, когда связующіе и разлагающіе элементы культуры часто вступаютъ во взаимную вражду, государство бываетъ вынуждено установить извѣстный надзоръ надъ корпораціями и слѣдить за тѣмъ, чтобы онѣ своими дѣйствіями не нарушали жизненныхъ интересовъ общества. Ближайшій надзоръ предоставленъ административной власти, а дѣломъ частнаго права является только предоставленіе правъ юридическаго лица лишь тѣмъ изъ корпорацій, которыя безвредны правительству.

Одними корпораціями правопорядокъ не можетъ обойтись: онъ вынужденъ создать такія юридическія лица, существованіе которыхъ находилось бы въ полной независимости не только отъ отдѣльнаго человѣка, но и отъ всего даннаго состава членовъ, и преслѣдовало бы только достиженія опредѣленной цѣли. Такія юридическія лица, слѣдовательно, являются не союзами, а олицетворенными цѣлями,—они называются *учрежденіями*. Родъ дѣятельности корпорацій, а подчасъ даже цѣли ихъ и статуты мѣняются и они вступаютъ на новые пути, учрежденія же въ этомъ смыслѣ неподвижны.

Они постоянно и неуклонно преслѣдуютъ завѣщанныя имъ основателемъ цѣли. Здѣсь нѣтъ корпораціи членовъ, собраніе которыхъ можетъ измѣнить въ томъ или другомъ направленіи статуты, здѣсь существуютъ лишь съ одной стороны лица, такъ сказать, опекаемыя, а съ другой стороны, лица завѣдующія учрежденіемъ, связывающимъ же звеномъ между ними является завѣщанная основателемъ цѣль.

Такимъ образомъ, какъ было выше сказано, учрежденія носятъ нѣсколько неподвижный характеръ, но это является

залогомъ ихъ устойчивости и часто они существуютъ столѣтіями.

Учрежденія обыкновенно находятся подъ болѣе строгимъ надзоромъ правительства, чѣмъ корпораціи.

Учрежденіе можетъ принести безконечно много добра, но и много вреда, такъ какъ, отнимая отъ живого оборота массу богатствъ и преслѣдуя подчасъ устарѣлыя цѣли, вторгается въ грядущее какъ отжившее, нетронутое прогрессомъ существо, такъ что будущее является связаннымъ прошлымъ. Отсюда вытекаетъ существующее почти у всѣхъ культурныхъ народовъ условіе, что учрежденіе нуждается въ одобреніи правительства.

§ 9.

Объекты правъ, т. е. факторы, находящіеся въ извѣстномъ отношеніи къ носителямъ правъ, представляютъ собой то вещь, то опять-таки лицо, которое въ другихъ случаяхъ является субъектомъ правъ. Объ этомъ уже упоминалось выше.

Вещи суть матеріальные предметы, подчиненные господству человѣка. Существуютъ различныя подраздѣленія вещей. Главное изъ нихъ это дѣленіе на *движимыя и недвижимыя:* недвижимыя вещи составляютъ неразрывную часть земной поверхности, а движимыя существуютъ самостоятельно и не связаны съ земной поверхностью. Это различіе очень важно, такъ какъ земля составляетъ основу нашего существованія, имѣющую для нашихъ жизненныхъ условій гораздо большее значеніе, чѣмъ все другое находящееся на ней.

Важно еще подраздѣленіе на *главную* вещь и *плоды* ея. Плодъ есть результатъ естественной матеріальной эксплоатаціи главной вещи: это понятіе заимствовано изъ органической природы, но перенесено и на другіе случаи, когда изъ главной вещи регулярно извлекаются въ продолженіи долгаго времени извѣстные продукты, хотя и не органическаго свойства, напр. продукты каменоломни, горнаго дѣла. Къ этимъ естественнымъ плодамъ приравниваются плоды, такъ сказать,

правовые, являющiеся результатомъ юридической сдѣлки, какъ напр. наемная плата, но объ этомъ здѣсь не мѣсто распространяться.

Плоды находятся въ зависимости отъ хозяйственной эксплоатацiи главной вещи,—вотъ почему возникло то основное положенiе, что право на главную вещь даетъ и право на плоды ея. Въ то время какъ плоды составляютъ результатъ эксплоатацiи вещи, *принадлежность* ея есть вспомогательная часть, служащая цѣлямъ эксплоатацiи, а потому и она не можетъ въ правовомъ отношенiи остаться чуждой главной вещи. Возьмемъ, напр. театръ со всѣмъ его реквизитомъ или фабрику съ ея станками, котлами машинами: если отдѣлить эти принадлежности отъ главной вещи, то одно и другое падаетъ въ цѣнѣ, вотъ почему правопорядокъ стремится всегда къ тому, чтобы принадлежности, по возможности, не были отдѣляемы отъ главной вещи.

Все сказанное относится къ мiру матерiальному. Но внѣшнiй мiръ оказываетъ влiянiе на наши жизненныя условiя не только съ матерiальной стороны, возьмемъ напр. электричество. Болѣе того: выраженная объективно человѣческая мысль, отдѣленная отъ человѣка, становится, такъ сказать, вещью и, какъ таковая, объектомъ права,—въ особенности художественное произведенiе или изобрѣтенiе. Сообразно объектамъ правовыхъ отношенiй право раздѣляется на *права, касающiяся личности* и *вещныя.* Права, касающiяся личности подраздѣляются опять-таки на *личныя* и *обязательственныя*, смотря по тому, подчинена ли правовому принужденiю личность цѣликомъ или только въ отношенiи выполненiя опредѣленной обязанности. Итакъ, частное право дѣлится на *личное, вещное* и *обязательственное.* Право *семейственное* (Familienvermögensrecht) и *наслѣдственное* главнымъ образомъ являются правами вещными, но находятся въ связи съ правами личными; ихъ лучше всего излагать какъ приложенiе къ правамъ личнымъ, но лишь послѣ ознакомленiя съ правомъ вещнымъ и обязательственнымъ. Съ обязательственнымъ правомъ тѣсно связаны нормы, выдѣляемыя обыкновенно подъ именемъ *торговаго права.* Нужно имѣть въ виду слѣдующее:

4/18418

между правами на вещи и правами по отношенію къ лицамъ существуетъ огромная разница. Право на вещи есть господство, а не правовое принужденіе,—это послѣднее направлено лишь противъ третьихъ лицъ нарушающихъ господство. Эта особенность и дала поводъ къ возникновенію ложнаго взгляда (опровергнутаго мною выше), будто вообще не существуетъ права на вещь, а лишь право по отношенію къ лицамъ. Права, относящіяся къ лицамъ, являются, наоборотъ, не господствомъ, а именно принужденіемъ, они проявляются не только въ запретѣ другимъ лицамъ вторгаться въ данное право, но и въ принужденіи личности, являющейся объектомъ правоотношеній, къ опредѣленному, соотвѣтственному образу дѣйствій.

§ 10.

Субъективное право тоже не представляетъ собой чего либо безжизненнаго. Природа человѣка и жизненныя условія порождаютъ постоянныя измѣненія. Человѣкъ находитъ удовольствіе въ перемѣнахъ, и у первобытныхъ народовъ это стремленіе къ новизнѣ выражается въ постоянныхъ мѣнахъ. Въ нашей жизни *обмѣнъ* играетъ важную роль: кругъ правовыхъ дѣйствій, цѣлью которыхъ является обмѣнъ, называется *оборотомъ*, такимъ образомъ создается, на ряду съ индивидуальной жизнью и жизнью отдѣльной группы, объединяющій ихъ оборотъ. Развитіе понятія собственности вызываетъ развитіе обмѣна: собственность становится *отчуждаемой*. Потребность отчужденія растетъ съ раздѣленіемъ труда, такъ какъ каждый производитъ въ одномъ направленіи гораздо больше, чѣмъ ему нужно, тогда какъ въ другихъ отношеніяхъ онъ зависитъ отъ работы другихъ. Обмѣнъ можетъ выражаться въ непосредственныхъ реальныхъ дѣйствіяхъ, но часто ему предшествуютъ переговоры и взаимныя обѣщанія. Эта дѣятельность порождаетъ и уничтожаетъ правовыя отношенія.

Подобныя дѣйствія, находящіяся въ соотвѣтствіи съ объективнымъ правопорядкомъ и вліяющія на субъективныя права

и правоотношенія, называются юридическими дѣйствіями, наиболѣе важныя изъ нихъ *юридическими сдѣлками*. На субъективное право могутъ оказывать вліяніе не только юридическія дѣйствія, но и естественныя событія. Предметы погибающіе выбываютъ изъ области права и съ ними вмѣстѣ уничтожается субъективное право, находившееся съ ними въ связи; соединеніе предметовъ порождаетъ соединенность правъ; плоды, падающіе съ деревьевъ, создаютъ новые объекты правъ. Отъ этого отличаются юридическія сдѣлки, кои влекутъ за собой извѣстныя измѣненія именно путемъ проявленія человѣческой воли и разума. Эти юридическія дѣйствія подчинены извѣстнымъ правиламъ, изложеніе которыхъ составляетъ одну изъ важнѣйшихъ частей науки права. Область юридическихъ сдѣлокъ огромна и расширяется съ движеніемъ культуры,—въ нихъ развивается цвѣтъ человѣческаго разума; юридическія сдѣлки, находясь, съ одной стороны, въ полномъ соотвѣтствіи съ правомъ и, представляя, съ другой стороны, крайнее индивидуальное разнообразіе, являются тріумфомъ правового и культурнаго строя. Въ нихъ сливаются воедино *индивидуалистическій* и *соціальный* элементы: отдѣльной личности предоставляется воздѣйствіе на развитіе права, ей разрѣшается распоряжаться въ той области, гдѣ обыкновенно господствуетъ объективное право. Вслѣдствіе этого результаты юридическихъ сдѣлокъ носятъ двоякій характеръ: они соотвѣтствуютъ, съ одной стороны, волѣ личности, а съ другой—условіямъ правопорядка. Прежде существовалъ взглядъ, будто послѣдствія юридическихъ сдѣлокъ всецѣло зависятъ отъ воли сторонъ; это не вѣрно: всякая юридическая сдѣлка влечетъ за собой подчасъ такія послѣдствія, которыхъ ни одна сторона не могла бы предвидѣть, даже если бы стороной являлся глубокій знатокъ права. Правоотношенія такъ безконечно разнообразны и сложны, что правопорядокъ никоимъ образомъ не можетъ быть подчиненъ волѣ и желаніямъ отдѣльной личности. Однако неосновательно было бы совершенно отрицать вліяніе отдѣльной личности на образованіе формъ права, ея воля или вѣрнѣе дѣйствіе, знаменующее эту волю, принимается во вниманіе при опредѣленіи

юридическихъ послѣдствій, но разумѣется лишь въ той мѣрѣ, поскольку это соотвѣтствуетъ правопорядку. Въ соединеніи обоихъ элементовъ лежитъ главная приманка практической правовой жизни, а вѣрное пониманіе обоихъ факторовъ, т. е. индивидуальнаго и общаго, и правильная оцѣнка того, что внесено индивидуальной волей и что требованіями оборота, составляетъ главное искусство юридическаго толкованія.

Во всякой юридической сдѣлкѣ предполагается предшествующая ей дѣятельность воли или разума. Воля сама по себѣ не имѣетъ вліянія, право принимаетъ въ разсчетъ лишь дѣйствіе, такъ какъ въ немъ только проявляется духъ человѣка и съ нимъ лишь можетъ считаться правопорядокъ. Пока воля не обнаружилась въ дѣйствіи, энергія ея сомнительна, и возможно еще вліяніе задерживающихъ моментовъ, а слѣдовательно, нельзя знать, хватитъ ли силы человѣка для осуществленія этой воли.

Дѣйствіе можетъ представлять собой *воздѣйствіе на природу*, напр. захватъ владѣнія, даже на міръ отвлеченный, напр. изобрѣтеніе (идея изобрѣтенія) или же *сообразное обороту воздѣйствіе одной личности на другую* (послѣднее, какъ наиболѣе распространенное, часто одно только и принимается во вниманіе ученіемъ о юридическихъ сдѣлкахъ, что служитъ ко вреду всей системы). Сообразное обороту воздѣйствіе на личность другого можетъ проявляться двоякимъ образомъ: или въ формѣ, непосредственно соотвѣтствующей юридической сдѣлкѣ, или же въ формѣ дѣйствія, какъ будто безразличнаго, но естественнымъ послѣдствіемъ котораго является другое дѣйствіе, уже непосредственно относящееся къ юридической сдѣлкѣ. Такъ, напр., если согласіе на поступокъ другого лица выражается не прямо, а такими дѣйствіями, которыя каждымъ здравомыслящимъ человѣкомъ будутъ приняты за согласіе (вмѣсто прямо выраженнаго согласія на бракъ отецъ присутствуетъ при вѣнчаніи дочери). Конечно, значеніе одного дѣйствія въ отношеніи другого должно истолковываться съ разумной и добросовѣстной точки зрѣнія.

Вообще психическое воздѣйствіе можетъ выражаться раз-

лично, иногда достаточно одной его возможности. Подчасъ одной подписи документа, никому еще неизвѣстной, уже достаточно: такъ завѣщаніе, писанное все рукой завѣщателя, имѣетъ силу еще до того, какъ кто нибудь его читалъ; извѣщеніе домохозяиномъ квартиранта о прекращеніи наемнаго договора имѣетъ силу уже тогда, когда оно лежитъ въ почтовомъ ящикѣ квартиранта, хотя еще не прочитанное. Большей частью извѣщеніе должно дойти до адресата, то есть, или сдѣлано устно въ его присутствіи, или же быть получено имъ въ видѣ письма, это такъ называемыя *извѣщенія, долженствующія дойти* (ankunftsbedürftige) [1]; они происходятъ тысячами: нѣтъ взрослаго человѣка, который бы не совершилъ и не получилъ десятковъ такихъ извѣщеній.

§ 11.

До сихъ поръ рѣчь шла объ одностороннихъ юридическихъ сдѣлкахъ.

Есть юридическія сдѣлки, въ которыхъ выражается взаимодѣйствіе двухъ лицъ: *двустороннія юридическія сдѣлки*, образцомъ коихъ служитъ *договоръ*. Договоръ есть такое взаимодѣйствіе двухъ лицъ, когда одинъ дѣлаетъ какое либо предложеніе, а другой принимаетъ его. Принятіе предложенія должно въ точности совпадать съ самимъ предложеніемъ,— иначе договора нѣтъ. Правопорядокъ въ большинствѣ случаевъ ставитъ такое принятіе необходимымъ условіемъ возникновенія дѣйствительной юридической сдѣлки; такъ, признаніе долга, обѣщаніе уплаты не считается обязательнымъ до тѣхъ поръ, пока другая сторона не приняла этого обѣщанія и не выразила своего согласія. Другими словами, въ большинствѣ случаевъ недостаточно односторонней юридической сдѣлки, а необходимъ договоръ. Основаніе этого слѣдующее: считается страннымъ, чтобы человѣкъ пріобрѣлъ ка-

---

[1]) Неправильно выраженіе „empfangsbedürftig“ (долженствующее быть полученнымъ).

кія либо права, не изъявивъ въ той или другой формѣ своего интереса и желанія пріобрѣсть таковыя.

Принципъ этотъ распространяется и на тѣ случаи, когда предложеніе клонится всецѣло и единственно къ выгодѣ стороны, коей оно дѣлается; даже при дареніи одаряемый можетъ имѣть основанія отказаться отъ принятія дара,—выгода тоже не можетъ быть навязана насильно. Оба договаривающіяся лица называются сторонами или участниками договора. Договоръ считается заключеннымъ со времени принятія предложенія. Здѣсь возникли различные важные вопросы, главнымъ образомъ тотъ: связанъ ли предлагающій съ самого момента предложенія и долженъ ли онъ ожидать принятія, или же обязательство возникаетъ для него только въ случаѣ немедленнаго принятія его предложенія. Это довольно запутанный юридическій вопросъ, который представляетъ особенныя трудности при обсужденіи *договоровъ между отсутствующими*. Между присутствующими этотъ вопросъ разрѣшается легче,—здѣсь предлагающій не считается болѣе связаннымъ, если не послѣдуетъ немедленнаго отвѣта на его предложеніе, развѣ только онъ самъ назначилъ опредѣленный срокъ для отвѣта, тогда онъ въ теченіе этого времени связанъ.

Договоры по телефону считаются договорами между присутствующими.

Договоры бываютъ *односторонніе и двусторонніе*; о первомъ видѣ нечего распространяться, второй видъ развивается такимъ образомъ, что А. заключаетъ договоръ съ В., а В. со своей стороны, заключаетъ договоръ съ А., причемъ оба договора сливаются во едино. Въ то время какъ дареніе есть обыкновенно договоръ односторонній, купля-продажа и наемъ суть договоры двусторонніе: здѣсь покупатель обѣщаетъ, а продавецъ принимаетъ обѣщаніе, но съ другой стороны и продавецъ обѣщаетъ, а покупатель принимаетъ обѣщаніе, но какъ то, такъ и другое сливаются въ *одно* предложеніе и *одно* принятіе. Покупатель, напр., говоритъ: a) имѣетъ быть заключенъ договоръ, по которому продавецъ обязывается доставить опредѣленную вещь, и b) имѣетъ быть заключенъ другой договоръ, находящійся въ связи съ первымъ, по кото-

рому я обязываюсь уплатить опредѣленную сумму. На эти оба предложенія продавецъ изъявляетъ свое согласіе. Аналогичное происходитъ, если предложеніе двусторонняго договора исходитъ отъ продавца. Въ этихъ случаяхъ одинъ договоръ неразрывно связанъ съ другимъ, оба составляютъ одно цѣлое, и право должно смотрѣть на нихъ какъ на нѣчто цѣльное, возникающее и уничтожающееся одновременно. Лишь *совокупный* хозяйственный результатъ соотвѣтствуетъ намѣреніямъ договаривающихся сторонъ, ибо ни одна изъ нихъ не желаетъ дать ничего, не получая чего либо взамѣнъ, и только *такой* результатъ соотвѣтствуетъ сущности правопорядка, потому что послѣдній споспѣшествуетъ и поощряетъ не одностороннее обогащеніе одного контрагента, а обмѣнъ услугъ, при которомъ каждый даетъ и получаетъ.

Здѣсь возникаютъ сложные вопросы относительно послѣдствій, которыя имѣетъ для цѣлаго нарушеніе или несоблюденіе части договора. Правильное рѣшеніе этихъ вопросовъ составляетъ главнымъ образомъ кардинальный пунктъ обязательственнаго права.

§ 12.

До сихъ поръ рѣчь шла объ *юридическихъ сдѣлкахъ*. Наряду съ ними существуютъ *юридическія дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ* (подъ юридическими дѣйствіями въ обширномъ смыслѣ понимаются и юридическія сдѣлки). Эти послѣднія отличаются отъ юридическихъ сдѣлокъ своимъ зависимымъ положеніемъ: онѣ зависятъ отъ правоотношеній, ибо служатъ для движенія и управленія ходомъ развитія и осуществленія правоотношеній. Такъ напр. договоръ найма есть юридическая сдѣлка, а отказъ отъ этого договора есть юридическое дѣйствіе (въ тѣсномъ смыслѣ).

§ 13.

Какъ юридическая сдѣлка, такъ и юридическое дѣйствіе вліяютъ на право; они порождаютъ юридическія послѣдствія

въ силу одобренія ихъ правопорядкомъ. Они дѣлаютъ это потому, что правопорядокъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ порядокъ оборота, а оборотъ составляетъ жизненное условіе человѣчества; оборотъ оживляется лишь юридическими сдѣлками и юридическими дѣйствіями. Этому противопоставляются *недозволенныя дѣйствія*, которыя хотя тоже влекутъ за собой юридическія послѣдствія, но не въ силу одобренія ихъ правомъ, а въ силу запрещенія. Юридическія послѣдствія наступаютъ здѣсь, какъ реакція и противодѣйствіе, благодаря тому, что правопорядокъ недоволенъ положеніемъ дѣлъ, вызваннымъ даннымъ лицомъ, и требуетъ перемѣны.

§ 14.

Юридическимъ дѣйствіямъ (включая сюда и юридическія сдѣлки) присущи нѣкоторыя общія положенія. Эти положенія основаны на томъ, что юридическія дѣйствія суть дѣйствія правовыя, т. е. такія, которыя оказываютъ цѣлесообразное вліяніе на порядокъ вещей благодаря одобренію ихъ правомъ.

Они требуютъ *правоспособности* дѣйствующаго лица. Въ интересахъ правопорядка и всѣхъ участниковъ его лежитъ, чтобы въ оборотѣ принимали участіе только такія лица, которыя обладаютъ извѣстными духовными качествами; слѣдовательно, прежде всего исключаются люди, не достигшіе опредѣленнаго возраста, люди психически больные, слабоумные, находящіеся въ безсознательномъ состояніи, болѣзненно-расточительные, пьющіе запоемъ. Ихъ дѣятельность должна быть, если не вполнѣ исключена изъ оборота, то, по крайней мѣрѣ, заключена въ опредѣленныя границы. Такимъ путемъ образованъ былъ классъ лицъ неправоспособныхъ и классъ лицъ, ограниченныхъ въ правоспособности, т. е. такихъ, которыя хотя и могутъ дѣйствовать, но въ важныхъ случаяхъ нуждаются въ согласіи и одобреніи другихъ лицъ, обязанныхъ заботиться объ ихъ интересахъ.

Въ германскомъ правѣ лицо совершеннолѣтнее обыкновенно правоспособно. Совершеннолѣтіе наступаетъ въ 21 годъ,

но и 18 лѣтній можетъ быть объявленъ совершеннолѣтнимъ, но только при извѣстныхъ условіяхъ и на основаніи постановленія опекунскаго учрежденія. Несовершеннолѣтній до 7 лѣтъ неправоспособенъ, отъ 7 до 21 года онъ ограниченъ въ правоспособности. Психически больной неправоспособенъ, когда онъ лишенъ свободной сознательной воли, въ другихъ случаяхъ тогда, когда судебнымъ рѣшеніемъ надъ нимъ установлена опека, что случается, когда онъ не можетъ болѣе заботиться о своихъ интересахъ. Тотъ, надъ кѣмъ учреждена опека вслѣдствіе слабоумія, расточительности или нетрезваго образа жизни, ограниченъ въ правоспособности; до опеки эти лица вполнѣ правоспособны.

Понятно, что римское право устанавливало другія возрастныя грани; онѣ находились въ зависимости частью отъ физіологическаго развитія, частью отъ того времени, когда юноша начинаетъ обыкновенно заниматься дѣлами. Римское право различало лицъ опекаемыхъ (мущины до 14, женщины до 12) и неопекаемыхъ; совершеннолѣтіе наступало въ 25 лѣтъ, но лицо неопекаемое, хотя бы оно было еще несовершеннолѣтнимъ, не должно было обязательно имѣть опекуна и было ограничено въ своей правоспособности лишь въ извѣстныхъ отношеніяхъ. Позднѣе совершеннолѣтіе было перенесено къ 24 годамъ, а затѣмъ къ 21-му; спеціальныя постановленія для возраста между 14-ымъ и 21-ымъ годомъ были уничтожены. У лицъ правоспособныхъ могутъ наступать подчасъ, такъ сказать, временныя душевныя затмѣнія, такъ напр. кто либо въ моментъ полной забывчивости оговаривается или выражается неправильно на чужомъ языкѣ. Въ такихъ случаяхъ правопорядокъ обязанъ предохранить заблуждающагося отъ несоразмѣрныхъ убытковъ и дать ему возможность оградить себя отъ наступленія нежелательныхъ юридическихъ послѣдствій. Такой порядокъ, однако, непримѣнимъ въ тѣхъ случаяхъ, когда недостатки проявляются лишь въ мотивахъ дѣятельности: такъ напр., если поступокъ человѣка вызванъ чрезмѣрно сильными мотивами, или же если мотивы его дѣятельности покоятся на ложныхъ представленіяхъ. Если бы во всѣхъ подобныхъ случаяхъ давалась возможность прибѣг-

нуть къ охранѣ закона для уничтоженія юридическихъ послѣдствій, то это крайне пагубно отразилось бы на правовой жизни, тогда пришлось бы каждому, прежде чѣмъ заключить юридическую сдѣлку съ кѣмъ либо, потребовать отъ него изложенія всѣхъ мотивовъ его дѣятельности, чтобы имѣть возможность судить о томъ, имѣетъ ли для него смыслъ вступить въ данную сдѣлку и осуществится ли она въ дѣйствительности. Это, разумѣется, невозможно, и вотъ чѣмъ объясняется возникновеніе того юридическаго положенія, что мотивъ дѣятельности обыкновенно не принимается правомъ въ разсчетъ. Такимъ же образомъ не играетъ роли то, что сдѣлка вызвана необходимостью или заключена на основаніи ложныхъ представленій.

Итакъ (крайняя) *необходимость* (Notlage) не уничтожаетъ дѣйствительности сдѣлки. Такъ, напр., если я, заболѣвъ въ дорогѣ, призвалъ врача, или же занялъ деньги у своего друга, такъ какъ меня обокрали, то эти сдѣлки вполнѣ дѣйствительны. Если объявить такія сдѣлки недѣйствительными, то это значило бы отстранить отъ благодѣяній оборота именно тѣхъ, которые въ нихъ наиболѣе нуждаются, и отнять у нихъ помощь, въ которой заключается ихъ спасеніе. Иначе бы обстояло дѣло, если бы необходимость была вызвана умышленными дѣйствіями другихъ лицъ, именно въ цѣляхъ принужденія къ сдѣлкѣ. Такъ, напр., если на меня нападаютъ нѣсколько разбойниковъ и принуждаютъ подписать договоръ, то такой договоръ я могу признать недѣйствительнымъ, но не по той причинѣ, что въ моментъ заключенія договора я находился въ состояніи необходимости, а на томъ основаніи, что это состояніе необходимости было противозаконнымъ образомъ вызвано другими, и было бы совершенно противорѣчащимъ принципамъ права, если бы эта ихъ противозаконная воля принесла имъ выгоды.

Аналогично съ этимъ и *заблужденіе въ мотивахъ* не можетъ имѣть никакого вліянія на дѣйствительность юридической сдѣлки. Что стало бы съ оборотомъ, если бы, напримѣръ, я, купивъ бутылку вина для угощенія моего товарища, извѣстившаго меня о своемъ приходѣ, могъ потомъ объявить

эту сдѣлку недѣйствительной на томъ основаніи, что мой товарищъ не явился? Или, если я заказалъ вѣнокъ на гробъ знакомаго, получивъ извѣстіе объ его смерти, и это извѣстіе оказалось ложнымъ.

Только въ двухъ случаяхъ заблужденія въ мотивахъ могутъ быть приняты въ разсчетъ: во первыхъ, если было спеціально оговорено, что сдѣлка совершается именно въ данномъ предположеніи; во вторыхъ, если мой контрагентъ ввелъ меня въ это заблужденіе или утвердилъ меня въ немъ. Въ послѣднемъ случаѣ я могу признать мою сдѣлку недѣйствительной не на томъ основаніи, что я заблуждался, а опять таки на томъ основаніи, что противозаконная дѣятельность другого лица не должна принести ему выгоды, ибо это было бы полнымъ противорѣчіемъ морали и праву.

Въ вышеупомянутыхъ случаяхъ, въ которыхъ правопорядокъ позволяетъ (какъ напр. вслѣдствіе ошибочности выраженія, вслѣдствіе принужденія или обмана) возражать противъ дѣйствительности сдѣлки, онъ даетъ вспомогательное средство, такъ называемое *право оспариванія.* Юридическая сдѣлка дѣйствительна, но можетъ быть оспариваема со стороны того, кто находился въ положеніи, упоминаемомъ въ законѣ,—отъ его воли зависитъ возражать или не возражать противъ сдѣлки; въ томъ случаѣ, если онъ не возражаетъ, сдѣлка остается дѣйствительной, если же онъ возражаетъ, она считается недѣйствительной (съ самаго начала).

§ 15.

Вторая общая черта юридическихъ дѣйствій заключается въ возможности представительства. Принципіально представительство возможно при всѣхъ юридическихъ дѣйствіяхъ, для большинства оно разрѣшается положительнымъ законодательствомъ.

Представительство есть весьма совершенный институтъ, созданный правопорядкомъ лишь въ сравнительно позднѣйшее время. Оно заключается въ томъ, что одно лицо дѣйствуетъ отъ имени другого, т. е. объявляетъ, что юридиче-

скія послѣдствія дѣйствій должны относиться не къ нему, а проявляться въ области правовыхъ отношеній другого лица, то, что это другое лицо пріобрѣтаетъ права и принимаетъ обязанности. Представительство въ высшей степени остроумное учрежденіе; благодаря ему, данное лицо можетъ обладать милліоннымъ состояніемъ и не брать на себя никакихъ обязанностей по управленію этимъ состояніемъ, а назначить представителя (повѣреннаго), который велъ бы всѣ его дѣла. Самъ онъ можетъ удалиться отъ дѣлъ, путешествовать, посвятить себя наукѣ и искусствамъ. Управленіе огромнымъ состояніемъ въ сущности даже немыслимо безъ представительства, такъ какъ, это превосходило бы силы единичной личности; кромѣ того, въ большинствѣ случаевъ одинъ является спеціалистомъ въ одной области, а другой въ другой. Такимъ образомъ представительство даетъ возможность правильнаго примѣненія человѣческихъ силъ и способностей. Древніе народы, не имѣвшіе въ своемъ распоряженіи этого института, должны были прибѣгать къ суррогатамъ, такъ, напримѣръ, римляне пользовались для этой цѣли институтомъ рабства, однако это была довольно сомнительная замѣна, такъ какъ, во первыхъ, рабъ рѣдко преданъ дѣлу душой и тѣломъ, во вторыхъ, рабы такимъ образомъ пріобрѣтали слишкомъ большую силу и значеніе въ жизни народа. Это неудобство тяжело отразилось на римлянахъ въ эпоху царей, особенно потому, что рабы, въ большинствѣ случаевъ, принадлежали другой національности и вносили чуждый элементъ въ жизни народа.

Въ настоящее время представительство встрѣчается почти во всѣхъ юридическихъ дѣйствіяхъ. Даже захватъ владѣнія можетъ быть совершенъ черезъ представителя, даже изобрѣтеніе—напримѣръ, химики данной фабрики заключили условіе съ владѣльцемъ ея, по которому всѣ ихъ изобрѣтенія принадлежатъ фабрикѣ. Только нѣкоторыя юридическія дѣйствія изъ области семейственнаго права, какъ заключеніе брака, составленіе духовнаго завѣщанія не могутъ быть совершаемы черезъ представителя.

Особенность юридическихъ дѣйствій также составляетъ то,

что они могутъ совершаться *гипотетически*. Мы часто рѣшаемся на свершеніе той или другой сдѣлки лишь въ зависимости отъ того, сложатся ли будущія обстоятельства опредѣленнымъ образомъ. Во всякомъ случаѣ эта гипотетичность мало благопріятствуетъ развитію сдѣлокъ, и многіе не согласятся на заключеніе гипотетической сдѣлки, такъ какъ эта неопредѣленность можетъ на нихъ невыгодно отразиться. Тѣмъ не менѣе нельзя обойтись безъ такихъ юридическихъ дѣйствій. Напримѣръ, кто либо ведетъ переговоры о новой должности, при которой ему придется нанять новую квартиру, отослать свою обстановку и вообще устроиться наново; онъ считаетъ весьма вѣроятнымъ, что переговоры приведутъ къ желанной цѣли, но все же не настолько увѣренъ, чтобы подвергаться риску при заключеніяхъ предстоящихъ сдѣлокъ. При такихъ обстоятельствахъ для него весьма желательно найти такого контрагента, который согласился бы поставить юридическія послѣдствія сдѣлки въ зависимости отъ того, будетъ-ли представлена эта должность данному кандидату; многіе входятъ въ такія сдѣлки. Или, напримѣръ, готовится экспедиція съ научной цѣлью и покупается различное снаряженіе, но оставляется за собой право вернуть купленныя вещи, если экспедиція не осуществится.

Гипотетичность сдѣлокъ выражается въ *условіяхъ*. Условія бываютъ двухъ родовъ—*отлагательныя* и *разрѣшительныя* (резолютивныя): въ отлагательныхъ условіяхъ юридическія послѣдствія должны возникнуть лишь въ моментъ осуществленія обусловленнаго факта; въ разрѣшительныхъ же условіяхъ юридическія послѣдствія возникаютъ немедленно, но прекращаются съ моментомъ наступленія условія.

Въ обоихъ случаяхъ положеніе лица, управомоченнаго подъ условіемъ, должно быть обезпечено: въ первомъ случаѣ—того, кто долженъ съ наступленіемъ условія пріобрѣсть извѣстныя права, во второмъ случаѣ—того, кто долженъ ихъ терять. Этимъ отличается условная сдѣлка отъ простого намѣренія совершить сдѣлку: условная сдѣлка, правда, гипотетична, однако, лишь въ той мѣрѣ, поскольку она связана съ условіемъ, разъ условіе наступило, юридическія послѣд-

ствія сдѣлки обезпечены, они тогда совершенно независимы отъ произвола.

Главные виды разрѣшительныхъ условій слѣдующіе. 1) Такъ называемое Verwirkungsklausel, которою опредѣляется, что въ случаѣ неисполненія контрагентомъ своего обязательства, перешедшее къ нему должно быть возвращено, напримѣръ, купленная вещь, если за нее не уплачено. Этотъ строгій принципъ подвергся со стороны законодательства значительнымъ смягченіямъ. 2) *Предложеніе* (Angebot), которое при извѣстныхъ обстоятельствахъ становится не дѣйствительнымъ; это встрѣчается особенно часто при продажѣ съ публичнаго торга, гдѣ одно предложеніе какъ бы исчезаетъ и стушевывается предъ болѣе выгоднымъ.

В. Личныя права.

§. 16.

Частное право есть прежде всего право надъ своей собственной личностью. Само собой разумѣется, что человѣкъ, какъ субъектъ права, имѣетъ правовыя отношенія къ своей личности и ко всему, что съ ней соприкасается, особенно къ тѣлеснымъ свойствамъ ея: ничто не представляетъ нашей собственности въ столь абсолютной степени, какъ наши физическая и нравственныя свойства—наше *я*.

Это мнѣніе оспаривалось на томъ основаніи, что совпаденіе субъекта и объекта права въ одномъ лицѣ невозможно. Такое возраженіе неосновательно: человѣкъ, безъ сомнѣнія, можетъ оказывать воздѣйствіе на самого себя, на свое тѣло и на свою душу; на этомъ основывается возможность самовоспитанія и самосовершенствованія. Ни у кого не можетъ возникнуть сомнѣній въ томъ, что человѣческое самосознаніе даетъ возможность нашему настоящему *я* оглянуться на наше прошлое *я*, и отнестись къ нему критически,—иначе, недоступны были бы чувства, подобныя раскаянію.

Противоположное мнѣніе основано на совершенномъ непониманіи психологіи. Положеніе, что личность имѣетъ права на самое себя, должно считаться само собой разумѣющимся.—Эти права не пріобрѣтаются личностью, а присущи ей въ силу самого факта ея существованія, и не могутъ быть отрицаемы, ибо, если для правопорядка необходимы субъекты права, то онъ долженъ ихъ охранять; если правопорядокъ стремится содѣйствовать развитію культуры, то онъ долженъ оберегать лицъ, людей, такъ какъ только ихъ способности двигаютъ и развиваютъ культуру. Правомочіе, о которомъ я говорю, заключается не въ томъ, что моя личность, въ качествѣ самостоятельнаго субъекта правъ, можетъ выступить противъ меня самого, и мнѣ приходилось бы представлять основанія или оправдываться въ посягательствѣ на себя самого. Оно представляется лишь отношеніемъ, подобно отношенію человѣка ко всякому иному существу. Это право выражается прежде всего въ реакціи противъ каждаго, кто его нарушаетъ.

Право на собственный носъ заключается не въ томъ, какъ выразился Шиллеръ, что мы можемъ имъ пользоваться для обонянія,—само собой разумѣется, что носъ немыслимъ, какъ нашъ противникъ и что мы не можемъ поступать по отношенію къ нему справедливо или несправедливо,—а въ томъ, что мы въ пользованіи нашимъ носомъ ограждены отъ посторонняго вмѣшательства.

Право личности по отношенію къ самой себѣ называется личнымъ, или индивидуальнымъ правомъ *(Individualrecht* или *Persönlichkeitsrecth);* оно выражается въ правѣ въ отношеніи нашей жизни, здоровья, чести, свободы и вообще всѣхъ благъ, заключающихся въ личности; оно выражается также въ правѣ на свободную самодѣятельность личности, а особенно въ томъ, что никто не можетъ вторгаться въ святилище личности, обнаружить ея тайны и въ томъ, что никто не можетъ выдавать себя за другое лицо и такимъ образомъ эксплоатировать въ свою пользу чужую репутацію, имя, и довѣріе окружающихъ.

Изъ этого послѣдняго правомочія проистекаютъ различ-

ные важные правовые институты, такъ напр. защита отъ недобросовѣстной конкуренціи и отъ поддѣлокъ подъ чужую личность. На этомъ основанъ институтъ имени, охраны фабричныхъ и товарныхъ знаковъ. Цѣлью всѣхъ этихъ институтовъ является защита отдѣльной личности и ея заслугъ отъ постороннихъ посягательствъ: попирающій эти постановленія, попираетъ личность.

У юридическихъ лицъ право личности выражается въ нѣсколько иной формѣ. Для юридическаго лица какъ и для физическаго необходимы органы. Таковыми здѣсь являются не отдѣльныя части организма, а цѣлые организмы—живые люди,—собранія членовъ общества, предсѣдатели акціонерныхъ компаній, или совѣтъ управленія учрежденія. Личныя права носятъ здѣсь характеръ *правоотношеній между лицомъ юридическимъ и лицами физическими, являющимися органами послѣдняго.* Юридическое лицо пользуется извѣстными правами по отношенію къ этимъ физическимъ лицамъ, но и послѣднія, въ свою очередь, *обладаютъ извѣстными правами по отношенію къ лицу юридическому,* имѣющими цѣлью предоставлять возможность безпрепятственнаго отправленія ихъ должности функціонированія въ качествѣ органовъ. Эти права между обществами и юридическими лицами и ихъ органами до сихъ поръ не получили правильной конструкціи: это индивидуальныя права, права личности по отношенію къ ея органамъ съ той характерной особенностью, что эти послѣдніе въ свою очередь являются правовыми личностями. Эти отношенія аналогичны правамъ на чужую личность, къ изложенію которыхъ мы и переходимъ.

§ 17.

Личное право можетъ быть также правомъ на *чужую личность.* Связь личностей между собой проявлялась споконъ вѣку въ формѣ родового союза. Въ основѣ этой связи лежали половыя сношенія, зачатіе и рожденіе. Первоначально такимъ путемъ сплачивалось во-едино цѣлое множество лицъ. Современная семья есть лишь ничтожный остатокъ того

огромнаго цѣлаго, которое прежде являлось главною областью развитія культуры.

Родовой союзъ возникаетъ изъ *союза половъ*. Упорядоченіе половыхъ сношеній на пространствѣ вѣковъ подвергалось самымъ разнообразнымъ измѣненіямъ, начинаясь групповымъ бракамъ (Gruppenehe) и косвенно періодъ къ единобрачію. Групповой бракъ (Gruppenehe) заключается въ томъ, что цѣлая группа мущинъ вступаетъ въ бракъ съ цѣлой группой женщинъ. Отсюда развивается, въ томъ случаѣ, если бракъ заключается между группой мущинъ и *одной* женщиной, такъ назыв. *многомужество* или *поліандрія;* обратное явленіе, т. е. бракъ, заключенный *однимъ* мущиной съ группой женщинъ называется *многоженствомъ* или *полигиніей*, *полигаміей*. Поліандрія и полигинія въ сущности являются уже видами единобрачія; но наиболѣе законченной и совершенной формой единобрачія является *моногамія*, единственно допускаемая нынѣ у всѣхъ христіанскихъ культурныхъ народовъ форма брака, выражающаяся въ союзѣ *одного* мущины съ *одной* женщиной. Развитію моногаміи въ значительной мѣрѣ способствовалъ обычай похищенія и купли женъ, такъ какъ этимъ путемъ женщина устранялась, такъ сказать, изъ общаго обихода и предназначалась только опредѣленному лицу.

Бываютъ браки двухъ родовъ,—одни основаны на полномъ подчиненіи жены, на полномъ, такъ сказать, подавленіи ея личности, въ другихъ же этого подавленія не существуетъ. Источникъ этой полной подчиненности коренится въ обычаѣ купли женъ, и отдѣльныя черты ея сохранились и доселѣ; такъ напр., до недавняго еще времени жена не имѣла права на веденіе дѣлъ (geschäfts-und-prozessunfähig).

Новѣйшее право эмансипировало жену такъ, что нынѣ она лишь постольку подчинена мужу, поскольку это влечетъ за собой единство домашняго обихода и совмѣстимость жизни. Бракъ есть соединеніе мужчины и женщины въ цѣляхъ полной общности жизни. Общительная природа человѣка въ ясной и естественной формѣ проявляется въ бракѣ, и какъ въ каждомъ союзѣ (genossenschaftliche Bildung—товарищеское

предпріятіе) эгоизмъ самъ собой переходитъ здѣсь въ заботы объ общемъ благѣ и въ услуги на пользу другого. Всѣ прочія первобытныя установленія исчезаютъ, между тѣмъ какъ идея брака все крѣпнетъ.

Браки нынѣ заключаются на основаніи индивидуальной свободы, и всякое принужденіе въ этомъ направленіи совершенно противорѣчитъ современнымъ воззрѣніямъ.

Не то было прежде. Дѣвушка выдавалась замужъ своей семьей помимо ея воли; теперь ея воля такъ же суверенна, какъ и воля мущины, и она вступаетъ въ бракъ по собственному желанію. Свобода выбора и вступленія въ бракъ не стѣснена и обрученіемъ; прежде обрученіе являлось прочной связью—какъ бы юридическимъ заключеніемъ брака безъ фактическаго осуществленія его; теперь обрученіе порождаетъ еще нѣкоторыя лично-правовыя отношенія, но безъ всякаго принужденія къ заключенію брака и вообще съ незначительными юридическими послѣдствіями.

Бракъ заключается путемъ обоюднаго объясненія и взаимнымъ соглашеніемъ сторонъ. Это *договоръ*, совершеніе котораго немыслимо черезъ представителя, и который теперь совершается въ торжественной формѣ.

Со времени уничтоженія обычая купли женъ бракъ былъ поставленъ въ тѣсную связь съ церковными обрядами и ему все болѣе придавалось религіозное освященіе.

Тоже значеніе придавалось браку и христіанствомъ, но не въ томъ смыслѣ, что священникъ творитъ бракъ четы: по ученію церкви брачущіеся сами связываютъ себя обоюдными обѣщаніями и принимаютъ таинство брака; церковное благословеніе являлось позже и не носило правового характера. Въ средневѣковой литературѣ мы встрѣчаемъ повсюду, что церковная церемонія совершалась уже послѣ заключенія брака. Лишь на Тріентскомъ Соборѣ было постановлено, что бракъ долженъ заключаться священикомъ и двумя свидѣтелями, причемъ какъ тотъ, такъ и другіе играли въ сущности лишь пассивную роль, такъ что достаточно было, если объясненія брачущихся происходили при немъ, хотя бы и противъ ихъ воли (подобный случай увѣковѣченъ Манцони въ

его „Promessi spossi“ — „Обрученные“). Лишь постановленіями протестантской церкви дѣятельности священника былъ приданъ активный характеръ. Въ новѣйшее время почти повсюду введенъ институтъ *гражданскаго брака*, съ характеромъ факультативнымъ или обязательнымъ; въ первомъ случаѣ брачущимся предоставлена свобода выбора между церковной или свѣтской формой заключенія брака, во второмъ случаѣ только свѣтская форма заключенія брака является юридически-связующей.

Во Франціи придерживаются послѣдней системы, но она стала прививаться и въ Германіи. Эта система имѣетъ громадныя преимущества и надо полагать, что ей принадлежитъ будущее. Она отличается тѣмъ, что государство имѣетъ возможность всесторонняго надзора надъ заключеніемъ брака и оповѣщеніями о заключенныхъ бракахъ, тогда какъ заключеніе церковныхъ браковъ и церковные регистры или совершенно недоступны государственному вмѣшательству, а въ случаѣ наличности такого вмѣшательства вызываютъ постоянныя столкновенія и безплодныя недоразумѣнія между государствомъ и церковью.

Въ Германіи браки заключаются предъ чиновникомъ магистрата (Standesbeamter) и двумя свидѣтелями.

Заключеніе брака совершается путемъ вопроса предлагаемаго брачущимся магистратскимъ чиновникомъ, ихъ утвердительнаго отвѣта послѣднему и заявленія магистрата о совершившемся бракѣ. Всѣ эти формальности не безусловно необходимы: бракъ считался бы правильно заключеннымъ и тогда, если бы чиновникъ не задавалъ вопроса и не совершалъ заявленія. Онъ считался бы правильно заключеннымъ и при отсутствіи свидѣтелей,—достаточно, если брачущіеся заявили какимъ нибудь способомъ магистратскому чиновнику о своемъ желаніи вступить въ бракъ и послѣдній принялъ ихъ заявленіе.

Въ послѣднемъ отношеніи наша форма брака отличается отъ установленной Тріентскимъ Соборомъ: магистратскій чиновникъ является нѣкоторымъ образомъ отвѣтственнымъ за заключеніе брака, такъ что бракъ можетъ быть заключенъ

3*

лишь въ томъ случаѣ, если онъ согласенъ принять заявленіе: его нельзя заставить совершить бракъ (случай, описанный въ Promessi sposi былъ бы здѣсь немыслимъ). Для заключенія брака необходимы, помимо общихъ юридическихъ презумпцій, еще и спеціальныя условія.

Заключеніе брака должно прежде всего носить характеръ строгой *моногаміи:* бракъ, заключенный двумя лицами, изъ коихъ одно находится уже въ брачномъ союзѣ, считается недѣйствительнымъ и остается таковымъ даже при послѣдующемъ расторженіи перваго брака. Даже въ томъ случаѣ, если первый бракъ недѣйствителенъ, заключеніе новаго запрещается подъ страхомъ наказанія за бигамію до тѣхъ поръ, пока недѣйствительность прежняго брака не установлена въ законномъ порядкѣ.

Кромѣ того, бракъ подчиненъ такъ называемому принципу *эксогаміи:* въ человѣчествѣ глубоко укоренился взглядъ, что браки между близкими родственниками недопустимы. Этотъ принципъ очень древняго происхожденія, онъ находится въ связи съ эпохой групповыхъ браковъ, когда одна группа вступала въ бракъ съ другой; въ послѣдствіи съ возникновеніемъ единобрачія членъ одной группы долженъ былъ вступать въ бракъ съ членами другой. Въ дальнѣйшемъ развитіи принципъ эксогаміи вылился въ различную форму: такъ напримѣръ, индусамъ и китайцамъ запрещены браки даже въ дальнѣйшихъ степеняхъ агнатскаго родства, между тѣмъ, какъ у другихъ народовъ, какъ напримѣръ, у персовъ и египтянъ, допускались браки между родными братьями и сестрами; у иныхъ же народовъ бракъ между родными братьями и сестрами допускался лишь въ правящей династіи. Въ іудейскомъ правѣ, а также въ римскомъ браки дозволяются въ очень близкой степени родства; германское каноническое право среднихъ вѣковъ въ значительной степени съузило область дозволенныхъ родственныхъ браковъ, введя однако систему диспенсовъ (дозволеніе). Въ настоящее время область дозволенныхъ родственныхъ браковъ опять расширена въ такой мѣрѣ, что, напр., новымъ германскимъ гражданскимъ уложеніемъ разрѣшаются браки между

двоюродными братьями и сестрами и даже между дядей и племянницей, теткой и племянникомъ. Бракъ запрещается лишь въ прямой линіи, затѣмъ между родными братьями и сестрами и между свойственниками по прямой линіи (тесть или теща съ зятемъ и невѣсткой, отчимъ или мачеха съ пасынкомъ и падчерицей).

Кромѣ того, необходимымъ условіемъ брака является *правоспособность*; недѣйствителенъ бракъ, заключенный лицомъ, находившимся въ безсознательномъ состояніи. Въ случаяхъ *принужденія* одной изъ сторонъ, а также въ случаяхъ *заблужденія* можно оспаривать дѣйствительность брака; оспаривать дѣйствительность брака можно также въ томъ случаѣ, если одинъ изъ брачущихся ограниченъ въ правоспособности и не послѣдовало требуемаго закономъ согласія законнаго представителя (gesetzlicher Vertreter). Надо замѣтить, что въ настоящее время мущина въ правѣ вступить въ бракъ лишь съ наступленіемъ совершеннолѣтія, а женщина съ достиженіемъ 16 лѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ, однако, необходимо согласіе родителей или заступающихъ ихъ мѣсто.

§ 18.

Каноническое право установило принципъ *нерасторжимости* брака въ томъ предположеніи, что бракъ влечетъ за собой извѣстную мистическую связь, которой противорѣчитъ всякое разъединеніе. Католическая церковь проводила этотъ взглядъ въ началѣ не во всей его полнотѣ, но съ девятаго вѣка примѣненіе его стало неукоснительно строгимъ. Реформація не признала этой нерасторжимости, отрицая сакраментальный характеръ брака и придавая иное толкованіе тѣмъ библейскимъ текстамъ, на которые опиралась католическая церковь; сообразно этому почти всѣми новѣйшими законодательствами допускается разводъ, между прочимъ, также англійскимъ правомъ и американскими статутами, при чемъ послѣдніе въ этомъ направленіи заходятъ слишкомъ даже далеко.

По новому германскому гражданскому уложенію также допустимъ разводъ, при чемъ въ основаніе его долженъ быть

положенъ судебный приговоръ, состоявшійся по жалобѣ сторонъ и по обсужденіи законности повода къ разводу. Поводомъ къ разводу служитъ или случай серьезнаго нарушенія долга или душевная болѣзнь, впрочемъ, послѣдняя лишь въ томъ случаѣ, если она неизлечима, длится по меньшей мѣрѣ три года и такого свойства, что совмѣстная жизнь дѣлается невозможною и невозможно надѣяться на благотворное, успокаивающее вліяніе здороваго супруга на больного. Къ нарушеніямъ долга относится, прежде всего, нарушеніе супружеской вѣрности, причемъ это распространяется въ равной мѣрѣ на обоихъ супруговъ, между тѣмъ какъ нѣкоторыя изъ прежнихъ законодательствъ предоставляли въ этомъ отношеніи мужу привилегію. Второй видъ нарушенія долга есть злостное оставленіе однимъ супругомъ другого, а третій—составляютъ всѣ прочіе случаи тяжелаго нарушенія супружескаго долга, а также безчестное поведеніе, если оно достигло той степени, при которой невозможна семейная жизнь.

Неоднократно выраженное мнѣніе о необходимости предоставить разводъ по взаимному соглашенію супруговъ, какъ это установлено во французскомъ законодательствѣ, не было принято германскимъ уложеніемъ; послѣднее вообще отклонило принципъ свободнаго развода, проведенный въ полнотѣ римскимъ правомъ до времени ограниченія его со стороны христіанскихъ государей. Германское право исходитъ изъ того основного положенія, что бракъ создаетъ юридическія отношенія и для третьихъ лицъ, напр. для дѣтей, которыя не должны быть нарушаемы произвольнымъ расторженіемъ и что, съ другой стороны, извѣстный принудительный характеръ этихъ отношеній часто предохраняетъ отъ легкомысленныхъ разводовъ, являющихся результатомъ временныхъ неурядицъ.

При разводѣ виновными могутъ быть признаны или обѣ стороны или одна. Въ послѣднемъ случаѣ сторона, признанная виновной, несетъ извѣстныя невыгодныя юридическія послѣдствія, такъ какъ напр. въ извѣстныхъ случаяхъ она обязана доставлять содержаніе другому супругу. Женѣ можетъ быть запрещено носить имя мужа. Воспитаніе дѣтей обыкновенно предоставляется сторонѣ признанной невиновной.

§ 19.

Путемъ брака создаются отношенія не только между супругами, но также между каждымъ супругомъ и родственникомъ другого. Эти отношенія называются свойствомъ; оно имѣетъ нѣкоторыя немногочисленныя, впрочемъ, юридическія послѣдствія и ограничивается выше названными лицами (§ 17). Прежде установлено было также свойство второй и третьей степени, такъ напр. свойство между однимъ изъ супруговъ и свойственниками другого и т. д. Свойство сохраняетъ свое значеніе и послѣ расторженія того брака, на основаніи котораго оно возникло.

§ 20.

Между родителями и дѣтьми возникаютъ личныя отношенія, характеръ которыхъ однако измѣняется въ зависимости отъ законности или незаконности рожденія ребенка. Положеніе незаконнорожденныхъ въ современныхъ законодательствахъ невыгодно. Нѣкоторые кодексы предоставляютъ имъ ограниченныя права по отношенію къ семейству матери и при извѣстныхъ условіяхъ также нѣкоторыя права по отношенію къ отцу. Иныхъ взглядовъ придерживалось римское право. Оно предоставляло незаконнорожденному всѣ права законнаго ребенка, но лишь по отношенію къ матери и ея семьѣ. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и новое германское гражданское уложеніе. Незаконный отецъ обязанъ лишь доставлять средства на содержаніе ребенка до 16 лѣтняго возраста, причемъ воспитаніе и содержаніе ребенка должно быть сообразно съ общественнымъ положеніемъ матери; такимъ образомъ, размѣръ алиментовъ не находится, какъ прежде, въ зависимости отъ степени нужды въ средствахъ матери. Законнорожденнымъ считается ребенокъ, родившійся во время брака (или нѣкоторое опредѣленное время послѣ брака), если притомъ законность его рожденія не оспорена супругомъ (въ законномъ порядкѣ). Супругъ можетъ оспаривать законность рожденія

ребенка, если онъ представитъ явныя доказательства, что въ соотвѣтственное время не происходило супружескихъ сношеній; въ случаѣ его молчанія законность рожденія ребенка не можетъ быть оспорена, ибо законъ не желаетъ допускать въ данномъ случаѣ посторонняго вторженія, напр. корыстолюбивыхъ родственниковъ. Незаконнорожденный можетъ получить всѣ права законнаго ребенка—legitimatio per subsequens matrimonium—чрезъ *узаконеніе* при посредствѣ послѣдующаго брака его родителей. Этотъ институтъ возникъ въ Римѣ въ эпоху христіанскихъ государей и перешелъ во многія современныя законодательства; въ англійскомъ правѣ этотъ институтъ не существуетъ.

Впрочемъ, незаконнорожденному могутъ быть предоставлены права законнаго ребенка и въ порядкѣ объявленія законности,—оно происходитъ по почину отца и зависитъ отъ усмотрѣнія спеціальнаго учрежденія. Этотъ институтъ также заимствованъ изъ римскаго права позднѣйшаго періода: legitimatio per rescriptum principis. Особенно интересный институтъ очень древняго происхожденія представляетъ собой *усыновленіе*. Это одинъ изъ видовъ, такъ называемаго, искусственнаго родства, къ которому принадлежало распространенное въ прежнія времена побратимство. Прежде усыновленіе мало ограничивалось; новыя законодательства допускаютъ его большей частью лишь при извѣстныхъ условіяхъ. Такъ напр. по новому германскому гражданскому уложенію усыновленіе дозволяется лишь лицу достигшему 50 лѣтняго возраста и не имѣющему собственныхъ законныхъ дѣтей.

§ 21.

Отношеніе между родителями и дѣтьми называются *родственными*. Это не единственный видъ родства,—всѣ лица, связанныя между собой кровными узами (или же равными имъ установленными правовыми узами), между собой родственники. Родство нисходящее отъ родителей къ дѣтямъ, внукамъ, правнукамъ или же восходящее въ обратномъ направленіи называется родствомъ *по прямой линіи*. Лица,

происходящія отъ общаго родоначальника, но не находящіяся въ родствѣ по прямой линіи представляютъ боковую линію родства. Родственники по прямой и по боковой линіи неодинаково близки; отношенія бываютъ болѣе близкія и болѣе далекія, это опредѣляется *степенями* и *колѣнами;* степень опредѣляется числомъ рожденій, отдѣляющихъ данныя лица: по прямой линіи эти рожденія слѣдуютъ непосредственно (непрерывно продолжаются) въ боковой же линіи степень родства опредѣляется восхожденіемъ къ общему родоначальнику, а отъ него переходомъ по линіи нисходящей къ тому родственнику, степень родства коего отыскивается.

С. Вещное право.

§ 22.

Внѣшній міръ вторгается въ человѣческую жизнь и становится предметомъ нашего владычества, распространеніе котораго однако не безразлично,—такъ напр. воздухъ и вода могутъ быть подчинены нашему господству лишь въ очень незначительной степени. То, что мы подчиняемъ нашему господству, становится подвластнымъ нашему праву. Право можетъ носить коллективный характеръ, когда совокупность лицъ подчиняетъ себѣ внѣшнюю природу и извлекаетъ изъ нея выгоды,—это первоначальный порядокъ. Начальная стадія развитія всѣхъ народовъ носила коммунистическій характеръ, земля является общей собственностью даже въ эпоху высокаго культурнаго развитія: общей землей рода, деревни, общины. Культура стремится къ тому, чтобы подчинить отдѣльныя части внѣшней природы обладанію отдѣльныхъ семействъ или отдѣльныхъ индивидуумовъ, отсюда возникаетъ частная собственность. Процессъ этотъ не вездѣ происходитъ съ неуклонной послѣдовательностью, и доселѣ еще существуютъ пространства земли, принадлежащія цѣлымъ общинамъ; съ другой стороны, предметы, являющіеся частной собственностью и принадлежащіе государству или обществу,

въ различныхъ отношеніяхъ предоставляются общему пользованію: они должны служить опредѣленной общественной цѣли и не могутъ быть изъяты изъ этого служенія.

Постепенное развитіе частной собственности надъ имуществомъ было источникомъ прогресса; только этимъ путемъ для отдѣльной личности создавалось положеніе, въ которомъ могли свободно развиваться ея индивидуальныя особенности и дарованія, лишь при этихъ условіяхъ извлекался, благодаря соперничеству индивидуумовъ, maximum полезности каждой вещи и удесятерилась цѣнность всѣхъ матеріальныхъ благъ.

Возможность исключительнаго пользованія плодами своего труда создаетъ здоровый эгоизмъ, и сознаніе силы, заключающейся въ собственности, увеличиваетъ стремленіе къ пріобрѣтенію и возможно полной эксплоатаціи природы на пользу человѣка.

Безъ сомнѣнія все это имѣетъ свои темныя стороны: стремленіе къ собственности, взаимное соперничество могутъ стать болѣзненными и нездоровыми; жажда пріобрѣтенія наживы нерѣдко преслѣдуетъ человѣка въ теченіе всей его жизни, не давая ему возможности подняться до болѣе возвышеннаго жизнепониманія. Альтруистическія чувства любви къ ближнему подчасъ глохнутъ подъ вліяніемъ повышеннаго инстинкта пріобрѣтенія, придавленные все растущей жаждой наживы, и совершенно исчезаетъ та простота, съ которой первобытный человѣкъ позволяетъ своимъ товарищамъ пользоваться всѣмъ его имуществомъ. Человѣкъ становится болѣе замкнутымъ; въ немъ развиваются чувства корысти, зависти и скупости. Эти пороки должны быть подавлены, эгоизмъ смягченъ, благородство и альтруистическія чувства должны воскреснуть вновь. Тогда эти качества получаютъ еще большее значеніе чѣмъ прежде,—они становятся добродѣтелями и то, что прежде являлось естественнымъ послѣдствіемъ условій жизни, становится теперь этическимъ превосходствомъ. Дѣятельность на пользу ближнихъ получаетъ иное значеніе: сократить свои аппетиты и отдать ближнему такимъ образомъ сбереженное, значитъ гораздо больше, чѣмъ предостав-

лять ему то лишнее, для чего я не нахожу никакого употребленія.

Частная собственность есть отношеніе субъекта правъ къ матеріальному предмету внѣшняго міра, заключающееся въ томъ, что данный предметъ представленъ на правовыхъ основаніяхъ исключительному господству субъекта правъ и такимъ образомъ исторгнутъ изъ обладанія всѣхъ остальныхъ лицъ.

Господство распространяется не только на періодическіе доходы, приносимые вещью, но и на самую вещь; управомоченному субъекту предоставляется не только временное использованіе, но и постоянная эксплуатація вещи, такъ что онъ можетъ передать другому лицу не только настоящее, но и будущее пользованіе вещью, онъ можетъ передать въ собственность самую вещь со всѣми ея настоящими и будущими выгодами и доходами.

Такимъ образомъ, вещь отдана господству отдѣльнаго индивидуума, въ нѣкоторой степени его произволу, такъ какъ предоставлена ему безъ всякаго контроля относительно способовъ ея эксплуатаціи. Если собственность должна способствовать развитію человѣческой свободы, то власть собственника не должна быть подвергнута никакому надзору. Это общее правило, но изъ него есть значительныя исключенія, потому что и въ данномъ случаѣ остается вѣрнымъ то положеніе, что индивидуумъ есть лишь часть большого цѣлаго и не долженъ поэтому обособляться отъ культурнаго строя и его требованій.

Поэтому право собственности имѣетъ также свои *границы;* эти границы различны въ зависимости отъ предназначенія вещи, ея важности и способа ея служенія индивидууму и культурному строю. Право собственности на движимыя вещи подвергается меньшимъ ограниченіямъ, на недвижимыя—бо̀льшимъ; эти ограниченія значительнѣе для права собственности на строенія, чѣмъ на землю, на городскія постройки—чѣмъ на сельскія. Чѣмъ интенсивнѣе совмѣстная жизнь людей, тѣмъ настоятельнѣе установленіе ограниченій отдѣльной личности въ интересахъ общества. Такъ напр., право собственности на строенія особенно подчинено инте-

ресамъ народнаго здравія (гигіены), жизненныхъ удобствъ, безопасности и оборота. Постройки въ городахъ должны быть воздвигаемы такимъ образомъ, чтобы не возникало опасности въ пожарномъ отношеніи, чтобы не затруднялось движеніе и не оскорблялось эстетическое чувство; принимается во вниманіе, насколько мѣшаютъ окружающимъ шумъ, дымъ и безпорядокъ, и поэтому предпріятія, необходимо влекущія за собой подобныя послѣдствія, должны строиться въ извѣстномъ отдаленіи. Принимаются въ разсчетъ требованія гигіены, канализаціи, водопровода, газоваго и электрическаго освѣщенія.

Эксплуатація пахотныхъ и сѣнокосныхъ земель должна также производиться по опредѣленнымъ установленнымъ правиламъ: устройство плотинъ, водоемовъ, стока водъ, *все это естественно влечетъ за собой возникновеніе общихъ предпріятій*.

Всякая собственность подчинена тому основному принципу, что государство въ высшихъ интересахъ можетъ уничтожить всякое индивидуальное право, предоставивъ взамѣнъ соотвѣтственное вознагражденіе.

Это право государства называется *принудительнымъ отчужденіемъ* (экспропріація). Въ прежнія времена для каждаго случая экспропріаціи требовалось изданіе спеціальнаго закона; это положеніе и понынѣ существуетъ въ странахъ англійскаго права; въ Германіи въ этомъ отношеніи существуютъ разъ навсегда установленныя закономъ правила, и принудительное отчужденіе въ каждомъ конкретномъ случаѣ производится дѣйствіемъ администраціи.

§ 23.

Такъ какъ собственность *отчуждаема* (veräusserlich), то является возможнымъ не только положить основу новой собственности, но и пріобрѣсть ее отъ другого лица, прежде ею владѣвшаго. Такимъ образомъ пріобрѣтеніе бываетъ *первоначальное* и *производное*; послѣднее отличается той особенностью, что новый владѣлецъ пріобрѣтаетъ право въ томъ

видѣ, въ какомъ имъ обладалъ его предшественникъ. Такъ какъ огромное количество матеріальныхъ благъ, по крайней мѣрѣ, въ болѣе узкой сферѣ нашихъ культурныхъ странъ, уже находится въ чьемъ либо владѣніи, то само собою разумѣется, что производное пріобрѣтеніе встрѣчается гораздо чаще, чѣмъ первоначальное.

Послѣднее будетъ налицо напр. въ тѣхъ случаяхъ, когда у насъ, какъ исключеніе, встрѣчается еще безхозяйное имущество,—дичь въ лѣсахъ, вещь, которую собственникъ ея выбросилъ и такимъ образомъ отказался отъ своего права. Возможны и такіе случаи, когда первоначальное пріобрѣтеніе распространяется на такіе предметы, которые уже составляютъ чью либо собственность; необходимымъ послѣдствіемъ этого является потеря правъ со стороны прежняго собственника. Это, конечно, извѣстная несправедливость, но ея нельзя вполнѣ избѣгнуть и правопорядокъ старается сгладить ее тѣмъ, что предоставляетъ обиженному требовать вознагражденія за убытки или за незаконное обогащеніе (см. ниже).

Первоначальное пріобрѣтеніе безхозяйныхъ вещей совершается путемъ *присвоенія*,—подчиненія данной вещи своему господству. Въ основѣ этого лежитъ то, что такимъ образомъ вещь изъ независимаго состоянія природной свободы переходитъ въ достояніе человѣка,—тотъ, кто сдѣлалъ ее доступной человѣчеству, имѣетъ на нее преимущественное предъ другими право, тѣмъ болѣе, что это сопряжено было съ извѣстной затратой силъ. Возможно съ другой стороны первоначальное пріобрѣтеніе и такихъ вещей, которыя уже составляютъ достояніе человѣка,—это происходитъ главнымъ образомъ путемъ *обработки*, настолько измѣняющей видъ вещи, что измѣняется самая природа ея и значеніе для оборота. Такъ напр. ваятель превращаетъ мраморную глыбу въ статую, художникъ пишетъ на кускѣ полотна картину, фабричный рабочій создаетъ изъ нитокъ ткани, изъ химическихъ элементовъ красящіе вещества. Въ этихъ случаяхъ правопорядокъ долженъ цѣнить обрабатывающую силу выше чѣмъ обрабатываемую матерію, развѣ только обработка незначительна и носитъ подчиненный характеръ. Развѣ возможно допустить,

чтобы чужая бумага, на которой написалъ стихотворенiе, или чужое полотно, на которомъ я нарисовалъ картину, оставались чужими?

Существуютъ и другiе виды первоначальнаго прiобрѣтенiя вещей, составляющихъ уже чье либо достоянiе, такъ, напр., если данная вещь соединятся съ другой,—балка или камень съ чужимъ домомъ; въ этихъ случаяхъ предметъ перестаетъ существовать самостоятельно и раздѣляетъ (юридическую) судьбу той вещи, частью которой онъ сталъ.

Однимъ изъ первоначальныхъ способовъ прiобрѣтенiя, разрушающимъ прежнее право, является прiобрѣтенiе *по давности.* Во многихъ случаяхъ для долголѣтняго добросовѣстнаго владѣльца является существенно важнымъ не быть устраненнымъ отъ имущества, которымъ онъ владѣлъ; такъ какъ часто эта вещь настолько тѣсно связана со всей его хозяйственной дѣятельностью, что отказъ отъ нея повлекъ бы за собой значительное съуженiе этой дѣятельности и упадокъ его благосостоянiя. Въ новѣйшее время прiобрѣтенiе по давности, которое играло столь важную роль въ отношенiи недвижимаго имущества, отчасти утратило свое значенiе, зато по отношенiю къ имуществу движимому оно еще и въ германскомъ гражданскомъ уложенiи занимаетъ видное мѣсто: давностный срокъ составляетъ теперь 10 лѣтъ вмѣсто прежнихъ 3 лѣтъ. Основнымъ свойствомъ давностнаго владѣнiя является добросовѣстность и безпрерывное владѣнiе.

Особое значенiе имѣетъ въ современномъ правѣ первоначальное прiобрѣтенiе правъ на основанiи *добросовѣстной увѣренности* (guter Glaube): въ настоящее время нерѣдко возможны случаи, когда извѣстное право уничтожается въ лицѣ одного и возникаетъ для другого путемъ одной только bona fides даже безъ давности. Своеобразно при этомъ слѣдующее: стороны хотятъ установить производное прiобрѣтенiе, таковое однако не приводитъ къ желанной цѣли, тогда добросовѣстная увѣренность создаетъ первоначальное прiобрѣтенiе вполнѣ, отвѣчающее намѣренiямъ прiобрѣтателя и даже превосходящее всѣ его надежды.

Поясвимъ это примѣромъ: А отчуждаетъ С вещь, при-

надлежащую В. Въ этомъ случаѣ С не могъ бы стать собственникомъ данной вещи на основаніи производнаго пріобрѣтенія, такъ какъ А не былъ собственникомъ ея и не былъ уполномоченъ В на это отчужденіе; тѣмъ не менѣе при извѣстныхъ обстоятельствахъ С все-же можетъ стать собственникомъ, если пріобрѣтеніе его основано на bona fides, въ этихъ случаяхъ право собственности не переходитъ къ нему по преемству, а возникаетъ первоначально, на основаніи bona fides.

Онъ становится собственникомъ независимо отъ того, кто былъ прежде собственникомъ и такимъ образомъ, онъ достигъ своей цѣли въ большей степени, чѣмъ онъ этого ожидалъ.

Этотъ первоначальный способъ пріобрѣтенія въ извѣстныхъ областяхъ оказывается весьма благотворнымъ: права добросовѣстнаго пріобрѣтателя упрочены и тѣмъ самымъ создается большая свобода оборота. Конечно, первоначальному собственнику наносится этимъ часто значительный ударъ, но это ужъ дѣло правопорядка по возможности согласовать противорѣчивые интересы и оставить ущербъ на сторонѣ того, кому его легче перенести.

Способъ первоначальнаго пріобрѣтенія на основаніи bona fides примѣнимъ какъ къ недвижимому, такъ и къ движимому имуществу; въ первомъ случаѣ (для недвижимаго имущества) благодаря ипотечной системѣ, во второмъ—въ силу юридическаго положенія, что „Hand muss Hand wahren".—Ипотечная система заключается въ слѣдующемъ. Всѣ земельные участки заносятся въ книгу, которая открыта для каждаго. Въ этой книгѣ отмѣчаются также всѣ переходы права собственности, и новый пріобрѣтатель земельнаго участка становится собственникомъ только послѣ такой записи. Легко можетъ случиться, что эта запись была ошибочна, напр., сдѣлала по порученію лица неправоспособнаго или что ошибка произошла по винѣ ипотечнаго чиновника. Для того, чтобы обезпечить по возможности пріобрѣтателя, выработалось слѣдующее юридическое положеніе, составляющее краеугольный камень всей нашей ипотечной системы: если кто-либо добросовѣстно, на основаніи содержанія ипотечной книги, пріобрѣ-

таетъ какое либо право, т. е. безъ знанія о неправильности записи, слѣдовательно, довѣряя вполнѣ записямъ ипотечной книги, то *его право возникаетъ такъ, какъ будто содержаніе ипотечной книги правильно.* Въ этомъ сказывается *общественное довѣріе къ ипотечной книгѣ.* Это положеніе можетъ тяжело отразиться на истинномъ собственникѣ, съ правами котораго находится въ противорѣчіи ипотечная книга, вотъ почему ему предоставляется слѣдующее вспомогательное средство: онъ можетъ судебнымъ порядкомъ установить достовѣрность своего права и объявить, что онъ со своей стороны протестуетъ противъ содержанія ипотечной книги. Даже по поверхностной провѣркѣ онъ пріобрѣтаетъ право занести этотъ протестъ. Пріобрѣтатель не можетъ тогда больше ссылаться по отношенію къ нему на свою добросовѣстную увѣренность,—занесенный протестъ препятствуетъ этому.

§ 24.

Собственность даетъ право исключительнаго пользованія вещью; состояніе исключительнаго пользованія называется владѣніемъ. Это состояніе уже пользуется правовой защитой: тотъ, кто владѣетъ, охраняется въ своемъ владѣніи, даже если онъ не является собственникомъ; онъ охраняется отъ захватовъ и вторженій, во-первыхъ, правомъ самозащиты, а во-вторыхъ, другими вспомогательными средствами, предоставляемыми ему правопорядкомъ.

Основа защиты владѣній вытекаетъ изъ исторіи процесса (объ этомъ рѣчь ниже).

Существенной культурной потребностью является потребность мира; поэтому никто не долженъ осуществлять свое право силой, а долженъ обратиться къ помощи государства, если дѣло идетъ объ измѣненіи извѣстнаго положенія противъ воли его господина. Господиномъ положенія въ данномъ случаѣ является владѣлецъ, и защита его покоится не на томъ предположеніи, что онъ въ своемъ правѣ, а на томъ, что допущеніе самоуправства повлекло бы за собой

постоянныя распри, которыя помѣшали бы культурной работѣ человѣчества.

Относительно движимыхъ вещей владѣніе проявляется особенно въ непосредственной связи съ вещью, т. е., въ тѣлесномъ соприкосновеніи съ нею; напр., я одѣваю платье или ношу при себѣ оружіе: по отношенію къ этого рода вещамъ повседневнаго обихода особенно развилось понятіе владѣнія; считалось, что даже мертвые продолжаетъ владѣть этими вещами.

Подобное же положеніе выработалось относительно земельныхъ участковъ, особенно же жилыхъ помѣщеній и другихъ строеній, предназначенныхъ для повседневнаго пользованія.

Если глава семейства или одинъ изъ членовъ его находится постоянно въ данномъ строеніи, то и здѣсь возникаетъ состояніе непрерывнаго взаимоотношенія между лицомъ и вещью; это прочное состояніе владѣнія распространяется съ квартиры, на окружающіе квартиру садъ, дворъ, служебныя пристройки, затѣмъ также на движимыя вещи, находящіяся въ этихъ мѣстахъ, поскольку онѣ установленнымъ порядкомъ сдѣланы ему доступными.

Съ большими трудностями устанавливаются подобныя отношенія къ полямъ и пастбищамъ, находящимся вдали отъ жилища, если на нихъ нѣтъ жилыхъ помѣщеній. Какой нибудь шалашъ или помѣщеніе для земледѣльческихъ орудій уже создаютъ извѣстную связь; наконецъ, даже возведеніе какой нибудь изгороди достаточно для возникновенія связи человѣка съ вещью. При отсутствіи этихъ обстоятельствъ по отношенію къ открытому полю и лугу понятіе о владѣніи вырабатывается съ большею трудностью, но въ концѣ концовъ и здѣсь приходятъ къ тому заключенію, что общепринятое сообразное (Sachgemässe) обращеніе съ вещью достаточно для образованія отношенія подобнаго владѣнія: такъ, напр., если въ данную вещь вложенъ владѣльцемъ трудъ. Наконецъ, съ диффериціацией условій владѣнія для возникновенія послѣдняго стало достаточно самаго незначительнаго фактическаго отно-

шенія къ вещи, какъ то отъ времени до времени посѣщеніе или надзоръ.

Относительно движимыхъ вещей можетъ также возникнуть состояніе, при которомъ, несмотря на отсутствіе правильной внутренней связи, продолжаетъ существовать извѣстное отношеніе къ вещи: временный закладъ или даже потеря вещи недостаточны еще для прекращенія связи съ ней, поскольку представляется возможнымъ возвращеніе ея. Правопорядокъ стремился разными способами примирить интересы отдѣльной личности съ интересами цѣлаго. Такъ напр. классическое римское право установило положеніе, что владѣніе земельнымъ участкомъ не утрачивается вслѣдствіе поселенія на немъ чужого лица; владѣлецъ утрачиваетъ свое право лишь въ томъ случаѣ, если знаетъ объ этомъ и окажется не въ состояніи удалить пришельца. Такія отношенія, ведущія къ постоянной борьбѣ не подходятъ къ нашему времени. Въ наше время владѣлецъ можетъ охранять свое владѣніе, можетъ даже вернуть себѣ силой отобранную вещь, но только въ томъ случаѣ, если эти дѣйствія явятся по времени непосредственной реакціей противъ захвата. Такимъ образомъ самопомощь (самоуправство) въ томъ размѣрѣ, въ какомъ оно существовало въ римскомъ правѣ, по современнымъ понятіямъ, недопустимо. Установленная римскимъ правомъ фикція, будто владѣніе фактически отобранной вещью все же продолжается, есть лишь привилегированное самоуправство. Владѣніе не должно быть непремѣнно владѣніемъ на правѣ собственности. Лицо, пользующееся только одними доходами,—наниматель, арендаторъ—могутъ владѣть; въ этихъ случаяхъ вытекаетъ двойное владѣніе, такъ какъ арендаторъ и т. под. вовсе не пытаются вытѣснить собственника, а наоборотъ, признаютъ его власть, поэтому они являются лишь производными владѣльцами, *Fremdbesitzer*, которые владѣютъ на ряду съ собственникомъ и такъ сказать для послѣдняго, собственникъ же является дѣйствительнымъ владѣльцемъ *Eigenbesitzer*,—Eigenbesitzer есть такъ называемый посредствующій, а Fremdbesitzer непосредственный владѣлецъ. Существеннымъ является то обстоятельство, что права обоихъ охраняются и въ частности владѣ-

лецъ на правѣ собственности не можетъ прибѣгнуть къ самоуправству противъ арендаторовъ или нанимателей, если они не возвращаютъ вещей добровольно—это было бы вторженіе въ непосредственное владѣніе.

Совершенно иной характеръ носитъ отношеніе къ вещамъ лакея, горничной или кухарки. Послѣдніе, правда, нѣкоторымъ образомъ имѣютъ власть надъ хозяйственными принадлежностями и распоряжаются ими, но дѣлаютъ это только подчиняясь указаніямъ господъ. Они не владѣютъ, а только помогаютъ владѣть, и если бы они не захотѣли добровольно отдать вещи, владѣлецъ могъ бы вернуть ихъ силой.

§ 25.

Полнаго изолированія земельныхъ участковъ невозможно провести: опытъ показываетъ, что одно лицо для пользованія своимъ участкомъ часто нуждается въ землѣ, принадлежащей другому, и незначительное, едва замѣтное отягощеніе послѣдняго приноситъ первому огромныя выгоды. Эти отношенія ведутъ къ установленію такъ называемыхъ *земельныхъ сервитутовъ*: такимъ путемъ смягчаются искусственное разграниченіе и изоляція участковъ земли и устанавливаются между двумя землевладѣльцами, нѣкоторымъ образомъ, товарищескія отношенія. Представимъ себѣ такой случай, что данный землевладѣлецъ не могъ бы пользоваться своимъ участкомъ, если бы ему не предоставлена была возможность проходить черезъ сосѣдній участокъ; отягощеніе, неудобство, причиняемое одному, очень незначительно, а доставляемые этимъ другому выгоды огромны.

Одинъ участокъ является по отношенію къ другому такъ сказать юридически-служебнымъ, т. е. долженъ подчиниться извѣстнымъ ограниченіямъ въ пользу другого. Возникновеніе такого отношенія фактически возможно и въ томъ случаѣ, когда участки принадлежатъ одному и тому же лицу, но тогда не выступаетъ юридическая природа этого отношенія, такъ какъ собственникъ можетъ распоряжаться обоими участками по своему усмотрѣнію и вовсе не нуждается въ установле-

нiи юридичечкой подчиненности одного участка въ пользу другого. Дѣло обстоитъ иначе, когда участки принадлежатъ разнымъ собственникамъ, въ этомъ случаѣ одинъ участокъ становится *господствующимъ*, а другой *служебнымъ* (подчиненнымъ).

Въ эпоху земледѣлія и скотоводства возникаютъ главнымъ образомъ полевые сервитуты, особенно право дороги (прохода, проѣзда), право прогона скота, водопровода, право поворачивать свой плугъ на сосѣднемъ участкѣ. Условія городской жизни вызываютъ необходимость установленія другихъ земельныхъ сервитутовъ, особенно право ставить при постройкѣ подпорки на сосѣднемъ участкѣ, право строить части зданія, выдающіяся надъ участкомъ другого, но главнымъ образомъ право на видъ, т. е. право требовать отъ сосѣда, чтобы воздвигаемыя послѣднимъ зданія не были выше извѣстнаго уровня и не препятствовали доступу воздуха и свѣта. Все это такъ называемые *городскіе сервитуты* въ противоположность сельскимъ.

Съ возникновеніемъ промышленнаго государства, взамѣнъ земледѣльческаго, наступаетъ новая эпоха для сервитутовъ; потребностями промышленности обусловливается возникновеніе новыхъ правоотношеній: является необходимость въ установленіи сервитутовъ часто, какъ будто ничтожныхъ, но, въ сущности, имѣющихъ огромную экономическую цѣнность. Этимъ новымъ правомъ до сихъ поръ совершенно почти не занимаются; однако, мы не живемъ больше въ сельскохозяйственную эпоху Саксонскаго Зерцала или въ варварской—рабовладѣльческой эпохѣ временъ Антонина; техническими задачами нашего времени часто обусловливаются притязанія на чужую землю, только такимъ образомъ возможно осуществленіе освѣщенія, отопленія и передвиженія путемъ электричества. Электрическіе провода имѣютъ въ десять разъ большее значеніе, чѣмъ водопроводы въ эпоху первобытнаго сельскаго хозяйства, и сооруженіе телеграфовъ, телефоновъ, освѣщенія представляютъ бо̀льшую цѣнность, чѣмъ право прогона скота въ прежнее время.

Иной видъ новыхъ сервитутовъ представляютъ собой сер-

витуты въ цѣляхъ *гигіеническихъ* и *эстетическихъ*: постройка въ городахъ кварталовъ виллъ отвѣчаетъ необходимымъ требованіямъ гигіены, въ основаніе характера этихъ построекъ лежатъ взаимныя ограниченія, согласно которымъ въ извѣстной мѣстности могутъ возводиться только виллы, небольшой вышины, окруженныя паркомъ или садами. Точно также теченіе нашего времени ведетъ къ тому, что части одной улицы или площади образуютъ одно эстетическое цѣлое и поэтому должны быть построены въ опредѣленномъ стилѣ изъ опредѣленнаго матеріала. Во всѣхъ этихъ отношеніяхъ современное сервитутное право нашего времени пріобрѣтаетъ особо важное значеніе,—оно помогаетъ намъ сдѣлать нашу жизнь болѣе здоровою и болѣе красивою.

Область дѣйствія сервитутовъ должна быть въ точности установлена юридическими положеніями, въ противномъ случаѣ отъ нихъ можетъ возникнуть крупный ущербъ. Сервитутъ долженъ существовать на пользу поземельнаго участка, а не только его собственника, онъ долженъ доставлять выгоды самому участку независимо отъ индивидуальныхъ свойствъ его собственника. Сервитутъ заключается въ преимуществахъ, созданныхъ природой, а не въ услугахъ человѣка, въ противномъ случаѣ онъ превратился бы въ подобіе такъ назыв. реальныхъ тяготъ (Reallasten) и повлекъ бы за собой подвластность (des Grundholden), какъ въ эпоху феодальнаго строя съ его земельными сборами, десятиной, и Gülden. Сервитутъ вообще долженъ быть заключенъ въ опредѣленныя рамки, онъ можетъ быть установленъ только для сосѣднихъ земельныхъ участковъ или, въ крайнемъ случаѣ, характеръ сосѣдства долженъ быть созданъ путемъ искусственнаго соединенія. Сообразно съ этимъ возможно установленіе сервитутовъ устройствомъ электрическихъ проводовъ черезъ нѣсколько поземельныхъ участковъ отъ мѣста добыванія электричества до мѣста его потребленія, но невозможно установленіе такого рода сервитута, чтобы нѣмецкая фабрика заряжала свои аккумуляторы отъ Ніагары или Рейнскаго водопада, доставляя такимъ образомъ энергію для нуждъ германской промышленности. (Такого образа дѣйствія пока еще нечего опасаться; но

это можетъ стать возможнымъ съ облегченіемъ передвиженія аккумуляторовъ). Въ противномъ случаѣ владѣніе землей оказалось бы чрезмѣрно обремененнымъ сервитутами, дѣйствіе которыхъ распространялось бы отъ одного градуса широты до другого. Совершенно отличны отъ поземельныхъ сервитутовъ и совершенно иными потребностями вызываются *личные сервитуты*. Они могутъ быть установлены не только по отношенію къ землѣ, но и по отношенію къ движимымъ предметамъ и заключаются въ томъ, что данный предметъ цѣликомъ или отдѣльныя его функціи временно предоставляются въ пользованіе другого лица кромѣ собственника. Типичный видъ такого сервитута есть владѣніе на правѣ пользованія (Niessbrauch) т. е., независимо отъ воли собственника, обязательное для него срочное или временное пользованіе третьяго лица имуществомъ. Въ основѣ его лежитъ мысль о предоставленіи кому либо опредѣленныхъ имущественныхъ выгодъ въ теченіи извѣстнаго времени безъ уменьшенія цѣнности самого имущества и изъятія его изъ законнаго порядка наслѣдованія. Вполнѣ законнымъ представляется желаніе человѣка позаботиться о своей женѣ, о своемъ другѣ или слугѣ и не лишать всетаки свою семью наслѣдства. Поэтому право пользованія главнымъ образомъ развилось изъ завѣщательныхъ распоряженій. Аналогичныя отношенія возникаютъ также въ семейственномъ правѣ: мужъ пріобрѣталъ временное право пользованія имуществомъ своей жены, отецъ—имуществомъ своего ребенка, прежде даже опекунъ—имуществомъ опекаемаго, а во многихъ странахъ оставшійся въ живыхъ супругъ пріобрѣталъ законное право пользованія всѣмъ имуществомъ принадлежавшимъ умершему. Кромѣ этого послѣдняго случая право пользованія, возникшее изъ семейственно-правовыхъ основаній,носитъ своеобразный характеръ: мужъ долженъ пользоваться имуществомъ своей жены, отецъ имуществомъ своего ребенка только такимъ образомъ, чтобы тѣмъ самымъ были обезпечены жена и ребенокъ. Право пользованія должно являться придаткомъ семейственно-правового положенія въ цѣляхъ содѣйствія осуществленію обязанностей, присущихъ этому положенію. Новое Германское гражданское уложеніе

правильно отмѣтило этотъ видъ пользованія. Оно называетъ его Nutzniessung и подчиняетъ особымъ правиламъ, обезпечивающимъ достиженіе вышеозначенной цѣли. Такъ, напримѣръ, Niessbrauch можетъ быть передано, даже заложено, но это невозможно по отношенію къ Nutzniessung, въ противномъ случаѣ, искаженъ былъ бы самый характеръ этого института и его предназначеніе.

Существуютъ еще другія личныя права пользованія, отличающіяся отъ владѣнія на правѣ пользованія своимъ болѣе ограниченнымъ объемомъ,—напр. личное право распоряженія, или право потребленія, особенно право жилища, которое связано съ личностью и ея индивидуальными потребностями, между тѣмъ какъ владѣлецъ на правѣ пользованія можетъ пользоваться самой вещью и ея плодами на объективныхъ началахъ, независимо отъ того, нуждается ли онъ въ этомъ лично. Съ другой стороны, владѣніе на правѣ пользованія можетъ быть расширено предоставленіемъ владѣльцу права отчуждать при извѣстныхъ условіяхъ части имущества, которымъ онъ владѣетъ. Это называется владѣніемъ, соединеннымъ съ правомъ пользованія и правомъ распоряженія. Особенностью Nutzniessung является то обстоятельство, что въ извѣстномъ отношеніи оно представляется соединеннымъ съ правомъ распоряженія. Съ теченіемъ времени развились еще болѣе обширныя вещныя права; одно изъ самыхъ интересныхъ есть такъ назыв. *ленное право*: это вещное право въ связи съ взаимнымъ лично правовымъ отношеніемъ обѣихъ сторонъ. Вассалъ обязуется соблюдать вѣрность и оказывать извѣстныя услуги, а господинъ обязывается соблюдать вѣрность. Вассалъ пріобрѣтаетъ вещное право значительнаго объема, котораго однако не можетъ отчуждать, и которое предназначено, главнымъ образомъ, для того, чтобы споспѣшествовать ему въ исполненіи его вассальныхъ услугъ. Эти личныя отношенія носили строго личный характеръ, въ основѣ котораго лежало довѣріе, но съ теченіемъ времени ленное право стало переходить по наслѣдству сначала только по прямой линіи, потомъ и по боковой; тѣмъ не менѣе личный характеръ этого отношенія сохранялся благодаря тому, что

при перемѣнахъ въ лицѣ господъ или въ лицѣ вассаловъ должно было слѣдовать новое подтвержденіе и регулированіе этихъ отношеній по инициіативѣ вассала. Это ленное отношеніе господствовало въ средне-вѣковой Германіи, оно весьма характерно для той эпохи и явилось одной изъ причинъ ослабленія государственной власти, такъ какъ отдѣльные феодалы, составлявшіе со своими вассалами самостоятельныя и значительныя единицы силъ, подрывали ея значеніе. Съ другой стороны, въ культурномъ отношеніи они дали много цѣннаго. Ленныя отношенія регулировались, главнымъ образомъ нормами, Ленной Книги (Lehnrechbsbuch), ведшей свое происхожденіе изъ верхней Италіи и представлявшей собой описаніе Миланскихъ обычаевъ. Въ настоящее время эти отношенія почти совершенно исчезли. Другіе аналогичные этому институты сохранили свою жизнеспособность, такъ напр. фидеикоммиссъ, заключающійся въ томъ, что отдѣльные имущественные комплексы принадлежатъ собственнику безъ права отчужденія и переходятъ въ опредѣленномъ порядкѣ отъ одного собственника къ другому. Эти отношенія сохранились и понынѣ и способствовали сохраненію блеска и значенія отдѣльныхъ семействъ, ихъ богатствъ, оберегая эти послѣднія отъ чрезмѣрнаго дробленія. Фидеикоммиссъ не представляетъ собой, какъ раньше полагали, права собственности цѣлаго семейства, въ связи съ вещнымъ правомъ отдѣльной личности, а есть лишь ограниченное резолютивнымъ условіемъ право собственности наличнаго его субъекта.

§ 26.

Подобно тому какъ возможны не матеріальныя блага, имѣющія свое самостоятельное и независимое отъ человѣка существованіе, возможны и права на такія нематеріальныя блага. Это обнаружилось прежде всего въ такъ наз. *авторскомъ правѣ*: продуктъ мышленія, вылившійся въ форму рѣчи, пріобрѣтаетъ, благодаря возможности размноженія, извѣстную имущественную цѣнность. Уже издавна ощущалась потребность предоставить автору исключительное право эсплоа-

таціи своего произведенія, что по отношенію къ произведеніямъ музыкальнымъ и драматическимъ усиливалось предоставленіемъ исключительнаго права исполненія.

И по отношенію къ эпическимъ произведеніямъ автору можетъ быть предоставлено исключительное право публичнаго чтенія. Въ новомъ германскомъ законѣ объ авторскомъ правѣ (1891 г.) это право охранено, но только до тѣхъ поръ, пока произведеніе не появилось въ печати.

Гораздо позднѣе, но за то съ гораздо большей силой развилось *право на изобрѣтеніе*: оно принадлежитъ изобрѣтателю важнаго для промышленности нововеденія или его наслѣднику и предоставляетъ ему право исключительной эксплоатаціи,—что составляетъ иногда милліоны. Разъясненіе идеи изобрѣтенія, выдѣленіе новаго отъ извѣстнаго, рѣшеніе вопроса о томъ, не является ли эта идея повтореніемъ чего нибудь уже прежде предложеннаго, представляетъ часто столь значительныя трудности, что необходимо было прибѣгнуть къ установленію слѣдующаго порядка: изобрѣтеніе должно быть прежде всего представлено въ опредѣленное учрежденіе (Patentamt) и подвергнуться тамъ испытанію; исключительное право на изобрѣтеніе дается лишь въ томъ случаѣ, если это учрежденіе сочтетъ изобрѣтеніе достойнымъ охраны.

Къ авторскому праву примыкаетъ право на произведеніе искусства и на художественные образцы. Задачей произведеній искусства является воплощеніе эстетической идеи въ наглядной формѣ; художественные образцы способствуютъ созданію практическихъ предметовъ на началахъ красоты. Къ патентному праву примыкаетъ право на модели: здѣсь дѣло идетъ о приданіи предмету опредѣленной формы въ практическихъ цѣляхъ и о повышенной пригодности путемъ особаго использованія пространства.

Всѣмъ нематеріальнымъ правамъ присуща та общая особенность, что они не вѣчны, такъ какъ по истеченіи опредѣленнаго времени нематеріальныя блага должны сдѣлаться достояніемъ всего человѣчества. Сроки охраны этихъ правъ различны. Въ Германіи охрана авторскаго права и право на произведеніе искусствъ продолжается въ теченіе всей жизни

автора и 30 лѣтъ послѣ его смерти; право на изобрѣтеніе охраняется maximum въ теченіе 15 лѣтъ, право на художественные образцы также въ теченіе 15 лѣтъ и на модели въ теченіе 6 лѣтъ.

§ 27.

Права, о которыхъ мы трактовали досель, были *правами субстанціальными:* въ нихъ бралась въ соображеніе вещь въ ея индивидуальномъ видѣ и съ ея индивидуальными выгодами. Въ противоположность этому существуютъ такія права на вещи, при которыхъ индивидуальныя ея свойства совершенно отступаютъ на задній планъ; права эти направлены на цѣнность вещи, это ихъ главная цѣль, они называются *цѣнностными правами.* Отличіе ихъ отъ правъ субстанціальныхъ заключается въ томъ, что они направлены только на извлеченіе опредѣленной цѣнности изъ вещи,—разъ это достигнуто, право прекращается, и вещь становится свободной.

Первообразомъ этихъ цѣнностныхъ правъ служилъ долгъ, лежащій на недвижимости *(Grundschuld).* Кредитору по этому долгу предоставляется право на вещь въ цѣляхъ извлеченія изъ нея опредѣленной цѣнности, опредѣленной денежной суммы. Вещь служитъ ему только, такъ сказать, въ качествѣ носителя извѣстной цѣнности, и разъ эта послѣдняя какимъ-либо способомъ имъ извлечена, прекращается его право на вещь: въ виду этого разрѣшается свободный выкупъ поземельнаго долга, что не допустимо по отношенію къ правамъ субстанціальнымъ. Поземельный долгъ считается покрытымъ, если задача, въ цѣляхъ достиженія которой онъ установленъ, приведена въ исполненіе хотя-бы способомъ, не имѣющимъ отношенія къ данной вещи. Аналогичными правами являются права *корабельныхъ кредиторовъ*: Schiffsrheder отвѣчаетъ цѣлому ряду кредиторовъ только кораблемъ и фрахтовымъ вознагражденіемъ. Личной отвѣтственности здѣсь не существуетъ, кредиторы имѣютъ права только на корабельное имущество, да и то лишь въ отношеніи полученія опредѣленной суммы,— слѣдовательно, цѣнностное право. Такой же характеръ могутъ

носить претензіи, касающіяся груза, напр. требованіе вознагражденія за спасеніе груза или за его сохраненіе. Въ этихъ случаяхъ также нѣтъ личной отвѣтственности, и кредитору предоставлено только цѣнностное право на вещь. Этимъ порядкомъ обусловливается то обстоятельство, что морская торговля съ одной стороны находитъ обширный кредитъ, а съ другой—не слишкомъ имъ обременена. *Акціонерныя права* являются своего рода цѣнностными правами: акціонеръ не имѣетъ права собственности на акціонерное имущество, также и права требовать удовлетворенія по своимъ притязаніямъ, онъ имѣетъ лишь цѣнностное право на все акціонерное имущество, выражающееся въ томъ, что прибыль, а послѣ прекращенія акціонерной компаніи акціонерный капиталъ, выдѣляется ему въ извѣстной пропорціи.

Права эти представляютъ ту выгоду, что даютъ возможность мобилизовать недвижимое имущество. Цѣнностныя права замѣняютъ собой деньги и, слѣдовательно, играютъ въ оборотѣ роль движимаго имущества,—этимъ путемъ недвижимое имущество цѣлой націи можетъ, такъ сказать, ожить и способствовать быстротѣ оборота. Такимъ же образомъ недѣлимое можетъ стать дѣлимымъ, такъ какъ денежная цѣнность доступна всякому дробленію. Въ концѣ концовъ индивидуальность стушевывается передъ всеобщностью, т. е. денежной цѣнностью, и вещи, носящія самый индивидуальный характеръ, превращаются этимъ путемъ до извѣстной степени въ замѣнимыя, равныя другъ другу и отличающіяся только въ зависимости отъ большей или меньшей цѣнности. Самый распространенный видъ цѣнностныхъ правъ есть *залоговое право.* Оно отличается отъ другихъ своимъ зависимымъ характеромъ, оно представляетъ собой, какъ обыкновенно выражаются, придатокъ обязательства. Это значитъ, что залоговое право устанавливается только для удовлетворенія какого-нибудь обязательства; разъ это обязательство удовлетворено, залоговое право прекращается. Отсюда вытекаетъ, что въ случаѣ недѣйствительности или уничтоженія обязательственнаго права, право залоговое становится безпредметнымъ. Залоговое право появляется уже въ самую раннюю эпоху права. Оно пред-

ставляетъ собой самую естественную форму цѣнностнаго права, такъ какъ самому примитивному разумѣнію ближе всего та мысль, что, если извѣстная вещь служитъ обезпеченіемъ, то необходима также наличность человѣка, который могъ бы, такъ сказать, вступить на ея мѣсто, отвѣчать за предоставленный кредитъ.

Чистыя формы цѣнностнаго права,—поземельный долгъ и корабельный кредитъ, относительно болѣе поздняго происхожденія.

Способы извлеченія цѣнности изъ вещи, предоставляемые кредитору, весьма разнообразны. Очень распространенной въ прежнее время формой залога былъ такъ называемый Nutzpfand (залогъ, соединенный съ пользованіемъ), заключавшійся въ томъ, что кредиторъ получалъ вещь въ пользованіе и изъ ея доходовъ покрывалъ должную ему сумму вмѣстѣ съ процентами. Одинъ видъ этого Nutzpfand'а былъ особенно въ ходу до недавняго времени, это *антихретный залогъ*, при которомъ доходы зачитывались за проценты, что упрощало разсчеты. Эта форма залога однако представляла сравнительно медленную уплату долга, а потому вскорѣ развились другія формы.

Особенно важное значеніе имѣлъ такъ называемый залогъ, соединенный съ правомъ собственности *(Eigentümerpfand)*, при которомъ залогоприниматель, въ случаѣ неуплаты, пріобрѣталъ право собственности на заложенныя вещи. Эта сдѣлка часто совершалась путемъ продажи и обратной купли: залогодатель продавалъ извѣстный предметъ залогопринимателю и удерживалъ за собой право выкупа. Благодаря продажѣ, долгъ покрывался въ суммѣ покупной цѣны; въ случаѣ выкупа не возобновлялся прежній долгъ, а возникалъ новый, обусловленный куплей. Можно было выговорить опредѣленный срокъ для выкупа, по истеченіи котораго право собственности пріобрѣталось залогопринимателемъ окончательно.

Всѣ эти виды залоговаго права имѣютъ крупные недостатки. Послѣдствіемъ этого является то обстоятельство, что кредиторъ иногда, даже чаще всего, получаетъ больше, чѣмъ

ему причитается; это—дѣло случая, заложена ли вещь, стоющая 1000 или 2000 марокъ, и въ зависимости отъ этого кредиторъ, выдавшій подъ залогъ этой вещи 800 марокъ, зарабатываетъ 200 или 1200 марокъ. Такое господство случая безъ всякой справедливости оказалось впослѣдствіи непригоднымъ, и прозорливые законодатели запретили такого рода сдѣлки, направленныя къ тому, чтобы раззорить должника, пользуясь его стѣсненнымъ экономическимъ положеніемъ, или же развивается по крайней мѣрѣ то юридическое положеніе, что вещь, отдаваемая въ залогъ, должна подвергнуться оцѣнкѣ, такъ что кредиторъ пріобрѣтаетъ на нее право собственности только послѣ установленной доплаты. Этотъ порядокъ представляетъ собой значительный шагъ впередъ, однако же и онъ отличается извѣстнымъ несовершенствомъ, такъ какъ подобная оцѣнка всегда бываетъ неточна и приводитъ стороны къ спорамъ. Естественно возникла мысль воспользоваться для опредѣленія цѣнности вещи старымъ способомъ—продажей. Залогоприниматель уполномочивался продать заложенную вещь и, разумѣется, онъ долженъ былъ вернуть залогодателю все вырученное имъ сверхъ должной суммы. Извѣстныя выгоды представляетъ такой порядокъ, когда продажа совершается кредиторомъ не частнымъ образомъ, а судебнымъ порядкомъ или, по крайней мѣрѣ, съ публичнаго торга. Это даетъ извѣстную гарантію, что продажа будетъ производиться открыто и добросовѣстно, и что должникъ навѣрное получитъ причитающійся ему излишекъ. На этихъ принципахъ основана *гипотека*, замѣнившая въ современномъ правѣ залогъ, соединенный съ правомъ собственности.

Въ Германіи указанный институтъ Grundschuld'a получилъ свое развитіе параллельно съ акцессорнымъ залоговымъ правомъ; оно стало предметомъ торговаго обращенія и допускаетъ выдачу обязательствъ на предъявителя, которыя играютъ такую же роль, какъ долговыя росписки на предъявителя.

Гипотека также подверглась въ современномъ правѣ, особенно въ Пруссіи, значительнымъ преобразованіямъ.

Она сохранила, правда, акцессорный характеръ въ томъ отношеніи, что можетъ возникнуть только изъ долга, но она

является также самостоятельной въ томъ отношеніи, что продолжаетъ существовать и въ случаѣ недѣйствительности личнаго долга или уничтоженія того условія, подъ которымъ онъ возникъ: гипотека превращается въ гипотеку на правѣ собственности (Eigentümerhypothek). Если обязательство продолжаетъ существовать, то оно подлежитъ особымъ правиламъ и въ отношеніи перехода оно подчинено гипотечному праву: оно можетъ быть передано только одновременно съ гипотекой; въ этомъ отношеніи оно раздѣляетъ то публичное довѣріе, которымъ пользуются гипотечныя книги. Смыслъ этого порядка слѣдующій: желательно соединить выгоды Grundschuld'а съ выгодами гипотеки, желательно имѣть не только вещное, но и личное обезпеченіе, причемъ это послѣднее въ такой же достовѣрной степени, какъ и первое. Поэтому личное обезпеченіе не было совершенно устранено какъ при Grundschuld'ѣ или удержано въ качествѣ побочнаго, а подчинено принципамъ вещнаго права и положеніямъ bona fides— новая грандіозная юридическая концепція, выставляющая въ яркомъ блескѣ творческую силу современнаго права.

Казалось бы, что переносъ подобныхъ гипотекъ долженъ происходить путемъ записей въ гипотечныя книги, однако, это слишкомъ затрудняло бы оборотъ; вотъ почему въ Пруссіи развился институтъ Briefhypothek, который подъ именемъ *оборотная гипотека* (Verkehrshypothek) перешелъ въ новое германское гражданское уложеніе. Особенность этого института заключается въ томъ, что требуется составить гипотечную росписку, обусловливающую осуществленіе гипотеки; передача этой росписки совершается путемъ письменнаго акта, который долженъ быть завѣренъ въ публичномъ порядкѣ. Цѣлый рядъ такихъ завѣренныхъ переходовъ равнозначущъ записямъ въ гипотечной книгѣ, и здѣсь сохраняетъ свою силу то положеніе, что лицо, добросовѣстно пріобрѣтающее этимъ путемъ гипотеку, пріобрѣтаетъ ее независимо отъ того обстоятельства, правильны ли прежніе переходы.

Въ противоположность оборотной гипотекѣ существуетъ *гипотека обезпечительная* (Sicherheitshypothek), при которой обязательство не раздѣляетъ публичнаго довѣрія, оказывае-

маго гипотечной книгѣ. Спеціальнымъ видомъ этой гипотеки является Ultimat-Hypothek, т. е. гипотека не на опредѣленную сумму, а до извѣстнаго максимальнаго предѣла могущихъ возникнуть обязательствъ. Между тѣмъ какъ оборотная гипотека отвѣчаетъ требованіямъ денежнаго рынка, представляя одной сторонѣ возможность помѣстить свои деньги, а другой получить за свою собственность обезпеченный капиталъ, назначеніе обезпечительной гипотеки, какъ это указываетъ уже одно ея названіе, заключается въ томъ, чтобы предоставить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ лицу, нуждающемуся въ деньгахъ, средство обезпеченія, открывающее ему недоступный безъ того кредитъ. Поэтому она играетъ въ жизни сравнительно менѣе важную роль и не является обычнымъ органомъ денежнаго обращенія.

Д. Обязательственное право.

§ 28.

Обязательственнымъ правомъ называется такое отношеніе одного лица къ другому, благодаря которому одно изъ нихъ (должникъ) является обязаннымъ что либо исполнить или отъ чего-либо воздержаться.

Понятіе обязанности, какъ понятіе юридическое, возникло впервые вмѣстѣ съ обязательствомъ, послѣ уясненія истинной природы обязательственнаго права и утраты имъ своего первоначальнаго вещнаго характера.

Прежде лицо не являлось обязаннымъ, а только отвѣтственнымъ; должникъ отвѣчалъ своей личностью, свободой и жизнью; онъ отвѣчалъ какъ вещь и можно было принудить его къ какому нибудь дѣйствію насильственными мѣрами,— другими словами, обязательственное право было цѣнностнымъ правомъ. Теперь все измѣнилось,—должникъ не становится рабомъ, и долгъ не носитъ въ себѣ зачатковъ рабства; должникъ только обязанъ къ чему либо, т. е. право предписываетъ ему что либо. Правопорядокъ пользуется здѣсь понятіемъ, которое является неизбѣжнымъ элементомъ при по-

строеніи морали, ибо послѣдняя есть ученіе объ обязанностяхъ, только обязанности нравственныя не тождественны съ юридическими, и исполненіе ихъ не можетъ быть вынуждено на основаніи права. Услуги могутъ быть самаго разнообразнаго свойства, поддающіяся или не поддающіяся денежной оцѣнкѣ; можно обѣщать что либо, что не принесетъ кредитору прямой выгоды, но лишь предоставитъ ему извѣстное соціальное вліяніе. Такъ напр. если благотворительное или миссіонерское общество нанимаетъ врача или проповѣдника для того, чтобы они дѣйствовали въ духѣ этихъ обществъ: то такая обязанность носитъ характеръ юридическій. Во всякомъ случаѣ услуга (дѣйствіе) не должна выходить изъ предѣловъ возможнаго, и содержаніе обязанностей не должно быть направлено на что либо непосредственно или посредственно безнравственное. Если право не можетъ воспротивиться тому, что имъ иногда злоупотребляютъ въ безнравственныхъ цѣляхъ, то оно можетъ, по крайней мѣрѣ, запретить, чтобы безнравственность стала предметомъ правовой обязанности.

§ 29.

Обязательства могутъ возникать прежде всего путемъ юридическихъ сдѣлокъ и, главнымъ образомъ, посредствомъ договора, т. е. двусторонней юридической сдѣлки, заключающейся въ томъ, что одно лицо предлагаетъ что либо, а другое принимаетъ это предложеніе. Одостороннее юридическое дѣйствіе также можетъ иногда создать обязательственныя отношенія; послѣднія могутъ возникнуть и изъ юридическихъ событій, а именно изъ юридическихъ событій нейтральнаго характера или изъ запрещенныхъ дѣяній.

Всякое обязательство естественно должно прекратиться; обязательственное отношеніе создаетъ напряженное состояніе, которое должно разрѣшиться; главный способъ такого разрѣшенія заключается въ платежѣ.

Платежемъ или исполненіемъ называется совершеніе того дѣйствія, которое являлось предметомъ обязательства. Если совершается не то, къ чему лицо обязалось, а что либо дру-

тое, то это называется предоставленіемъ за платежъ. Въ прежнее время закономъ нерѣдко предписывалось принимать подобный эвивалентъ, т. напр. въ древне-германскомъ правѣ въ періодъ постепеннаго перехода отъ натуральнаго хозяйства къ денежному; въ настоящее время дѣло обстоитъ иначе: замѣна обязательнаго дѣйствія другимъ допускается лишь съ согласія кредиторовъ.

Платежъ можетъ представить извѣстное затрудненіе, если для приведенія въ исполненіе того дѣйствія, къ которому обязался должникъ, является необходимымъ содѣйствіе кредитора; въ этихъ случаяхъ должникъ не можетъ произвести уплаты безъ кредитора, но тѣмъ не менѣе правопорядокъ долженъ предоставить ему возможность освободиться отъ своего долга. Это достигается различными способами. Правопорядокъ указываетъ извѣстный эквивалентъ, замѣняющій собой исполненіе, или вообще облегчаетъ положеніе должника съ того момента, когда онъ не встрѣчаетъ необходимаго содѣйствія со стороны кредитора. Главнымъ средствомъ облегченія должника является внесеніе въ депозитъ, но это возможно только при денежныхъ долгахъ и другихъ, аналогичныхъ этому обязательственныхъ отношеніяхъ. Кромѣ того, положеніе должника облегчается путемъ уменьшенія его отвѣтственности, прекращенія роста процентовъ при денежныхъ долгахъ и т. д.

Очень интересный способъ погашенія обязательства представляетъ собой т. наз. *зачетъ* или *компенсація*. Если Б. долженъ А. 1000 марокъ и вмѣстѣ съ тѣмъ ему причитается 1000 марокъ отъ А., то онъ можетъ потребовать, чтобы А. уплатилъ самому себѣ эти деньги,—такимъ образомъ А. освобождается отъ своего долга по отношенію къ Б., такъ какъ уплатилъ самому себѣ вмѣсто того, чтобы уплатить Б. при томъ съ согласія послѣдняго; Б. также въ свою очередь освобождается отъ долга по отношенію къ А., такъ какъ требованіе послѣдняго погашено произведенной имъ самимъ уплатой. Прежде господствовало мнѣніе, что освобожденіе отъ обязательства уплаты въ этомъ случаѣ возникало само собой. Существовало и другое мнѣніе, по которому зачетъ могъ

произойти только при процессѣ. Оба эти мнѣнія неправильны и не соотвѣтствуютъ жизненнымъ отношеніямъ.

По нашему праву для зачета необходимо заявленіе, которое однако можетъ послѣдовать внѣ процесса и въ какой угодно формѣ.

§ 30.

Часто жизненныя условія выдвигаютъ требованія многократнаго обезпеченія, отсюда возникаетъ возможность такого случая, что нѣсколько лицъ берутъ на себя исполненіе одного и того-же дѣйствія, причемъ каждый обязуется исполнить все дѣйствіе и вмѣстѣ съ тѣмъ всѣ обязуются исполнить одно и то же дѣйствіе. Такое отношеніе называется *солидарнымъ обязательствомъ*; въ формѣ *поручительства* оно пріобрѣло универсальное значеніе.

Поручительство встрѣчается уже издавна, его происхожденіе относится къ тому періоду времени, когда отвѣтственность по обязательству носила характеръ вещной отвѣтственности лица. Въ то время случалось, что должникъ, находившійся въ заключеніи, выпускался на свободу и мѣсто его занималъ другой, отвѣчавшій тѣломъ и жизнью. Позднѣе, когда обязательственное право утратило этотъ вещный характеръ, поручительство измѣнило свой видъ и поручитель отвѣчалъ одновременно съ главнымъ должникомъ.

Проблема совмѣстной отвѣтственности представляетъ различныя трудности, такъ какъ отдѣльныя личности несутъ отвѣтственность вполнѣ самостоятельно, но тѣмъ не менѣе въ конечномъ пунктѣ, при исполненіи обязательственнаго дѣйствія, отвѣтственность ихъ приходитъ въ общее соприкосновеніе. Такъ напр. ставился вопросъ, имѣетъ-ли силу и по отношенію къ другимъ должникамъ судебное рѣшеніе, постановленное противъ одного изъ нихъ; освобождаются ли всѣ должники, если одинъ изъ нихъ освободился отъ отвѣтственности, напр. благодаря прощенію долга. Правильное урегулированіе этихъ отношеній создается путемъ возможно большей независимости отдѣльныхъ обязательствъ другъ отъ друга, этотъ принципъ и проводится въ современномъ правѣ.

Особенно интересенъ разсчетъ, который долженъ послѣдовать въ томъ случаѣ, когла одинъ изъ должниковъ исполнилъ все обязательство, ибо справедливость требуетъ, чтобы всѣ несли бремя, а не одинъ, и чтобы вопросъ о томъ, кто именно обязанъ нести это бремя, разрѣшался не въ зависимости отъ простого случая. Германское право установило въ этомъ отношеніи принципъ товарищескаго участія солидарнообязанныхъ лицъ и принципъ этотъ вполнѣ проводится въ нашемъ правѣ. Во всякомъ случаѣ дѣло обстоитъ нѣсколько иначе, когда одинъ изъ должниковъ является главнымъ, а другой поручителемъ, здѣсь поручитель имѣетъ право регресса противъ главнаго должника, а послѣдній такого права по отношенію къ поручителю не имѣетъ.

Отдѣльная личность можетъ также обезпечить свое обязательство путемъ вещнаго обезпеченія (залогъ) или же путемъ обѣщанія *неустойки* на случай неисполненія обязательства, причемъ эта неустойка въ случаѣ ея чрезмѣрности можетъ быть уменьшена.

Дальнѣйшей проблемой является *передача* права требованія. Она не допускалася въ началѣ, въ то время, когда отвѣтственность должника носила строго личный характеръ: тутъ являлось дѣйствительно подчасъ ухудшеніе положенія должника въ случаѣ перемѣны въ лицѣ кредитора. Нынѣ это все измѣнилось. Германское и римское право изобрѣли средства и пути для передачи обязательства (права требованія). Путемъ т. н. бумаги на предъявителя создались совершенно особыя отношенія, о которыхъ рѣчь будетъ ниже. При нормальныхъ условіяхъ передача совершается такимъ образомъ, что новый кредиторъ пріобрѣтаетъ права стараго, и только эти права; слѣдовательно, пріобрѣтаетъ право требованія въ томъ объемѣ, въ которомъ оно существовало въ моментъ передачи; при этомъ, однако, сохраняется извѣстное преимущество для должника, т. к. онъ освобождается отъ отвѣтственности, если уплатитъ прежнему кредитору до того времени, какъ узнаетъ о передачѣ обязательства.

§ 31.

Обязательства, возникающія изъ договоровъ, являются по большей части *двусторонними* въ томъ смыслѣ, что обѣ стороны являются по отношенію другъ къ другу должниками. Эгоизмъ лежитъ въ основѣ оборота: одно обѣщаніе является отвѣтомъ на другое. Возможны такіе случаи, когда одна сторона исполняетъ свое отвѣтное дѣйствіе немедленно, а другая только обѣщаетъ исполнить основное дѣйствіе. Въ этихъ случаяхъ говорятъ о *реальныхъ договорахъ*, въ остальныхъ же договоры называются *консенсуальными*.

Огромное значеніе въ правѣ имѣетъ обмѣнъ; онъ оживляетъ оборотъ особенно со времени раздѣленія труда, благодаря коему опредѣляется роль каждаго въ промышленныхъ отношеніяхъ и въ производствѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ создается зависимость каждаго отъ всѣхъ остальныхъ въ дѣлѣ удовлетворенія его потребностей. Вотъ почему обмѣнъ и продажа является одними изъ наиболѣе важныхъ юридическихъ сдѣлокъ. При мѣнѣ товаръ отдается взамѣнъ товара, а при продажѣ—взамѣнъ денегъ. Деньги отличаются отъ товара тѣмъ, что они носятъ въ оборотѣ характеръ всеобщаго мѣрила цѣнности, такъ что товаръ не обмѣнивается непосредственно на товаръ, а сначала на деньги, а затѣмъ эти деньги обмѣниваются опять на товаръ, благодаря чему оборотъ освобождается отъ случайностей и затрудненій: деньги играютъ роль общаго мѣрила, которому подчинены всѣ блага.

Въ куплѣ-продажѣ продавецъ беретъ на себя доставить товаръ, т. е. какой либо матеріальный предметъ, движимый или недвижимый, или какой либо иной объектъ права напр. требованіе, изобрѣтеніе; покупатель беретъ на себя уплатить извѣстную цѣну. При обсужденіи этого договорнаго отношенія возникли издавна нѣкоторыя трудныя проблемы, главнымъ образомъ, слѣдующія:

1) Съ какого момента переходитъ *рискъ* за сохранность вещи? По нашему праву—лишь съ момента передачи вещи, такъ какъ мы считаемъ несообразнымъ, чтобы покупатель платилъ что либо въ томъ случаѣ, когда извѣстный предметъ существовалъ

въ моментъ купли, но погибъ до передачи. Римское право въ этомъ отношеніи придерживалось другого воззрѣнія.

2) Если купленая вещь оказывается *чужой*, то это обстоятельство можетъ повлечь для покупателя большія невыгоды: собственникъ этой вещи начнетъ требовать ее обратно и на покупателя нерѣдко можетъ пасть подозрѣніе въ воровствѣ или недобросовѣстности. Вотъ почему издавна укоренилось обыкновеніе замѣчать продавца и не покупать вообще тайкомъ и отъ лицъ неизвѣстныхъ, а въ тѣхъ случаяхъ, когда совершали такую оплошность, немедленно привлекали продавца, который долженъ былъ оправдать свое право на проданную вещь. Въ настоящее время покупатель самъ ведетъ споръ, но имѣетъ право регресса къ продавцу; однако и теперь еще онъ можетъ привлечь продавца къ процессу и въ большинствѣ случаевъ это для него окажется выгоднымъ. Впрочемъ, положеніе можетъ быть урегулировано такимъ образомъ, что покупатель лишь только онъ узнаетъ, что купленная вещь не составляетъ собственности продавца, можетъ уничтожить сдѣлку или же онъ можетъ лишь тогда выступить противъ продавца, если появляется третье лицо и отнимаетъ у него купленную вещь, основываясь на своемъ правѣ собственности. Послѣдній порядокъ (римское право) находится въ соотвѣтствіи съ извѣстными болѣе грубыми этическими воззрѣніями; утонченное моральное сознаніе можетъ одобрить лишь первый порядокъ; такъ и поступаетъ наше гражданское право.

Продавецъ несетъ отвѣтственность за *недостатки* вещи и за отсутствіе обѣщанныхъ качествъ. Въ древнее время дѣйствовало благополучно иное правило: предполагалось, что покупатель долженъ самъ о себѣ позаботиться и даже въ случаѣ обмана ему предоставлялось лишь въ видѣ исключенія средство поправить свое положеніе. Заслугой позднѣйшаго развитія права является созданіе извѣстной помощи, такъ сказать, охраны покупателя.

Охрана эта носитъ общій хавактеръ или же заключается въ томъ, что наличность нѣкоторыхъ только существенныхъ недостатковъ влечетъ за собой отвѣтственность продавца.

Римское право предоставляло покупателю пути двоякаго рода: онъ могъ требовать уменьшенія покупной платы, или же отступить отъ сдѣлки. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, а именно, въ случаяхъ обмана или особыхъ обѣщаній, покупателю принадлежало право требовать возмѣщенія убытковъ. Этихъ же началъ придерживается новое германское гражданское уложеніе; только при нѣкоторыхъ видахъ купли-продажи осталось въ силѣ прежнее, болѣе суровое отношеніе, при которомъ лишь извѣстные, формально опредѣленные существенные недостатки принимаются въ соображеніе,—а именно, при куплѣ-продажѣ домашнихъ животныхъ.

Дѣятельность человѣка, услуга, можетъ стать объектомъ мѣновой сдѣлки, подобно всякому другому предмету, имѣющему самостоятельную, независимую отъ личности цѣнность; такіе случаи носятъ названіе договоровъ личнаго найма (Dienstvertrag). Опредѣленное произведеніе, комплексъ работы, являющееся результатомъ дѣятельности должника, вытекающей изъ обязательства, можетъ также быть предметомъ мѣновой сдѣлки (Werkvertrag). Что касается матеріальныхъ предметовъ, вещей, то возможны и такіе случаи, что въ обмѣнъ за извѣстную денежную сумму отдается не самая вещь, а лишь извѣстныя выгоды отъ этой вещи, ея полезность,—такъ, въ случаяхъ аренды и найма. Всѣ эти три вида мѣновыхъ сдѣлокъ имѣютъ между собой извѣстное сродство, въ томъ отношеніи, что объектомъ договора является не что либо тѣлесное, а нематеріальная полезность или услуга; разница заключается лишь въ томъ, что въ одномъ случаѣ дѣло идетъ о полезности, выгодахъ несвободной вещи, а въ другихъ—объ услугахъ свободнаго человѣка. Теперь мы проводимъ въ этомъ отношеніи рѣзкое разграниченіе, которое почти не выступало въ римскомъ правѣ, когда рабство было обычнымъ явленіемъ и потому всѣ три вида договоровъ носили названіе locatio-conductio, подраздѣлявшееся на locatio-conductio rei, operarum и operis. Всѣ эти формы отличаются отъ купли-продажи тѣмъ, что предметомъ обмѣна является нѣчто будущее, долженствующее обнаружиться, а слѣдовательно, въ зависимости отъ этого будущаго и самое существованіе обязательства; послѣдующая

невозможность влечетъ за собой уничтоженіе обязательственнаго отношенія, такъ, напр., если отданный въ наемъ домъ сгараетъ, слуга умираетъ или становится неспособнымъ къ труду; въ этихъ случаяхъ вознагражденіе уплачивается лишь по соразмѣрности.

Это своеобразное положеніе является причиной извѣстной запутанности и специфическихъ поводовъ къ прекращенію договорныхъ отношеній: иногда договоръ заключенъ на опредѣленный, точно установленный срокъ, иногда онъ ставится въ зависимость отъ добровольнаго отказа, такъ что каждая сторона можетъ объявить, что въ извѣстный моментъ данное договорное отношеніе должно считаться окончившимся.

Въ новѣйшее время въ этихъ отношеніяхъ играютъ извѣстную роль и соображенія соціальнаго характера. При наймѣ помѣщенія дѣло идетъ объ одной изъ самыхъ важныхъ и насущныхъ жизненныхъ потребностей населенія,—о правѣ на жилище; договорами личнаго найма затрогивается вопросъ о средствахъ пропитанія большой и имѣющей важное значеніе части народонаселенія, находяйщеся при томъ весьма часто, благодаря нуждѣ и жизнненой необходимости, въ такихъ условіяхъ, что безъ вмѣшательства государства, въ случаѣ предоставленія полнаго произвола частной инціативѣ, крайнее неравенство въ положеніи сторонъ могло бы повлечь за собой весьма несправедливыя послѣдствія. Законодательство должно главнымъ образомъ направлять свои усилія на то, чтобы лица, вступившія въ услуженіе, нанявшіяся на работу находились въ положеніи, достойномъ человѣка, и не были поставлены въ такія условія, при которыхъ страдаютъ здоровье и нравственность. Всѣ эти обстоятельства проявляются при наймѣ въ услуженіе вообще, особенно же выступаютъ они на видъ въ предпріятіяхъ съ большимъ количествомъ служащихъ или въ фабрикахъ съ многочисленными рабочими: въ данномъ случаѣ было бы совершенно ошибочно сохранять неприкосновенной идею свободы соглашенія, такъ какъ это повлекло бы за собой ущербъ для наиболѣе обездоленныхъ классовъ населенія, или же,—чего нужно болѣе опасаться въ новѣйшее время—недовольство и нужда могли бы вызвать тяжкія потрясенія и внутреннюю борьбу.

Въ остальныхъ мѣновыхъ отношеніяхъ центромъ тяжести является не различіе взаимныхъ дѣйствій, а время, въ теченіе котораго одна и другая сторона обязаны исполнить эти дѣйствія. Сказанное относится особенно къ *ссудѣ:* здѣсь одна сторона обязана вернуть именно то самое, что она получила отъ другой. Такое отношеніе имѣетъ смыслъ лишь въ томъ случаѣ, если обратное дѣйствіе—возвратъ—имѣетъ послѣдовать не немедленно, а лишь по истеченіи извѣстнаго промежутка времени, такъ что та сторона, которая получила ссуду, получила возможность пользоваться полученною вещью въ теченіи извѣстнаго времени; она извлекаетъ тогда въ теченіе этого времени выгоды изъ предоставленнаго въ ея распоряженіе капитала. Это отношеніе ведетъ съ теченіемъ времени къ тому, что получатель капитала долженъ отдать за промежуточный періодъ извѣстное вознагражденіе, соизмѣряющееся сообразно пользованію капиталомъ—это *проценты.* Прошло не мало времени пока это отношеніе процентовъ и капитала получило здоровую соотвѣтственную обороту оформленность. Таковая вообще возможна лишь въ томъ случаѣ, если капиталъ предлагается лицу, ищущему таковаго, на столь различныхъ многообразныхъ условіяхъ, что оно находится въ положеніи экономической свободы въ дѣлѣ выбора лица, отъ котораго возьметъ деньги, такъ что этимъ путемъ вопросъ о процентахъ получаетъ опредѣленную сообразную регламентацію по закону свободной конкуренціи. Долгое время ссуда являлась результатомъ простого случая, и это приводило неоднократно къ тому, что лицо, нуждавшееся въ ссудѣ, подъ гнетомъ своего стѣсненнаго положенія, обѣщало проценты выше того размѣра, который соотвѣтствовалъ обстоятельствамъ. Поэтому соціальное законодательство прежнихъ временъ вмѣшивалось въ эти отношенія и пыталось ограничить возможность недобросовѣстной эксплуатаціи, путемъ установленія извѣстныхъ правилъ о взиманіи процентовъ. Въ наше время дѣло обстоитъ иначе: установленіе высоты и размѣра процентовъ предоставлено свободному соглашенію, и правопорядокъ тогда только вмѣшивается, если въ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ проявляется эксплуатація стѣснен-

наго положенія или легкомыслія. Извѣстныя ограничительныя постановленія сохранили и у насъ еще свою силу, такъ например̀ъ, запрещается напередъ начислять проценты на будущіе проценты.

Предметомъ договорнаго отношенія можетъ также быть *опасность;* возможенъ такой случай, что одно лицо принимаетъ на себя рискъ опасности, а другое обязуется за это совершить въ пользу этого перваго лица какое либо дѣйствіе (вознагражденіе). Это такъ называются *договоры страхованія*, договоры, имѣющіе огромное значеніе, ибо они только даютъ возможность сообщить имущественнымъ отношеніямъ ту прочность и непоколебимость, которыхъ не существовало въ прежнее время. Во всѣхъ случаяхъ, когда человѣку угрожаетъ какая либо опасность, можетъ имѣть мѣсто страхованіе; поэтому идея страхованія носитъ *соціальный* характеръ. Страхованіе, конечно, является договорнымъ отношеніемъ сторонъ, но въ основаніи этого института въ его цѣлокупности лежитъ то обстоятельство, что извѣстное лицо беретъ на себя цѣлый рядъ рисковъ, изъ которыхъ по теоріи вѣроятности въ дѣйствительности наступленіе опасности проявится лишь въ двухъ-трехъ случаяхъ. Такимъ образомъ является возможнымъ принять на себя большіе риски за сравнительно незначительное вознагражденіе: кого постигаетъ несчастье тому убытки возмѣщаются. Незначительный эквивалентъ, уплаченный имъ, восполняется въ соціальномъ отношеніи тѣмъ, что страховщикъ получаетъ цѣлый рядъ такихъ эквивалентовъ, по которымъ ему не приходится возмѣщать убытки, въ виду ненаступленія въ этихъ случаяхъ опасности.

Этимъ путемъ одно несчастье въ извѣстной мѣрѣ распредѣляется на цѣлый рядъ людей и, такимъ образомъ, осуществляется соціальный принципъ, что *многимъ легче нести бремя, чѣмъ одному*. Нерѣдко изъ этой исходной точки развивался переходъ къ государственному страхованію, и такимъ образомъ, бремя страхованія, вознагражденіе за убытки, причиненные опасными случаями, возлагалось непосредственно на все общество; тѣмъ не менѣе страхованіе публичное

никогда не будетъ въ состоянiи совершенно вытѣснить частное страхованiе.

Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ можетъ наступить опасность, идея страхованiя получаетъ свое примѣненiе и даетъ возможность противостоять ей. Вначалѣ примѣнялось только страхованiе отъ огня и страхованiе транспортное, затѣмъ прибавилось страхованiе отъ возможныхъ естественныхъ несчастныхъ случаевъ, но и несчастные случаи юридическаго характера начинаютъ приниматься въ соображенiе, напримѣръ, при страхованiи кредитномъ, страхованiи тиража бумагъ и т. д.

Особенно интереснымъ видомъ примѣненiя идеи страхованiя является *страхованiе жизни.* Исходнымъ пунктомъ этого института является та мысль, что лица, получающiя свое пропитанiе и содержанiе отъ другого, главнымъ образомъ, члены семьи, находящiеся на иждивенiи главы семейства, должны быть предохранены отъ того ущерба, той бѣды, которую приноситъ имъ преждевременная кончина человѣка, служившаго имъ главной опорой. Но въ этомъ случаѣ идея страхованiя нѣсколько выходитъ за предѣлы своей области и величина ущерба приносимаго смертью отца семьи недоступна подсчету, а поэтому размѣръ страховой суммы неопредѣленъ и предоставляется фиксацiи по усмотрѣнiю.

Договоръ о *пожизненной рентѣ* также относится сюда. Лицо, не обладающее достаточнымъ имуществомъ, которое позволило бы ему жить на проценты съ таковаго, можетъ выговорить условiе, согласно которому оно будетъ взамѣнъ отдаваемаго имъ капитала получать пожизненную ренту опредѣленнаго размѣра, прекращающуюся съ его смертью и поставленную, такимъ образомъ, въ зависимость отъ неопредѣленности человѣческой жизни. Здѣсь также имѣется на лицо принятiе на себя извѣстнаго риска, а именно опасность, что процентовъ съ капитала не хватитъ для того, чтобы выплачивать пожизненно капиталисту опредѣленныя суммы; только опасность здѣсь, такъ сказать, противоположнаго характера,—не опасность преждевременной смерти, а чрезмѣрно долговременной жизни: чѣмъ дольше живетъ получатель ренты, тѣмъ больше та сумма, которая будетъ ему выплачена.

Въ остальномъ техника этого института покоится на тѣхъ же основаніяхъ какъ и страхованіе вообще: дѣло сводится и здѣсь къ тому, чтобы уравнять размѣры единичнаго риска цѣлой массой договоровъ и достигнуть такого совокупнаго результата, который соотвѣтствуетъ разсчетамъ лица, уплачивающаго ренту.

§ 32.

Договоръ товарищества можетъ быть противопоставленъ всѣмъ вышеупомянутымъ договорамъ; онъ сводится не къ уравненію двухъ взаимно противоположныхъ услугъ, при коихъ одна сторона получаетъ то, что даетъ другая, а наоборотъ, къ тому, что всѣ дѣйствія предпринимаются и совершаются для достиженія одной общей цѣли, въ осуществленіи которой заинтересованы обѣ стороны. Поэтому въ товариществѣ договаривающіяся стороны являются не противниками, а союзниками, которые должны помогать другъ другу преодолѣвать трудности въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ: человѣкъ хочетъ этимъ путемъ достигнуть въ единеніи съ другими результатовъ, которые не подъ силу отдѣльной личности.

Виды товарищескаго единенія могутъ поэтому принимать самый разнообразный характеръ: чаще всего соединяется капиталъ съ капиталомъ, но иногда также въ большей или меньшей степени въ связи съ работой; возможенъ такой видъ товарищескаго союза, при которомъ одно лицо вкладываетъ только свой трудъ, а другое только капиталъ; существенно необходимо только, чтобы оба товарища стремились къ достиженію одной и той же цѣли,—если одинъ только служитъ другому и въ вознагражденіе получаетъ, между прочимъ, также извѣстную часть прибыли (тантьему), то онъ не является еще товарищемъ.

Товарищество ведетъ къ своеобразнымъ отношеніямъ: оно можетъ выражаться въ общности имущества, принадлежащаго въ равныхъ или различныхъ частяхъ всѣмъ товарищамъ; оно можетъ выражаться въ томъ, что одинъ дѣйствуетъ за другого (цѣликомъ); путемъ постоянной дѣятельности въ об-

ласти товарищескихъ предпріятій могутъ создаться новыя положенія, и взаимныя отношенія товарищей могутъ разнообразиться и измѣняться. Разумѣется, жизнеспособная совмѣстная дѣятельность возможна только до той поры, пока не проявляется серьезный разладъ, а потому правопорядокъ долженъ всегда предоставлять возможность выступить изъ товарищескаго отношенія, которое стало невыносимымъ и кажется обѣимъ сторонамъ бременемъ.

Новое и грандіозное развитіе получаетъ институтъ товарищества въ торговлѣ, о чемъ рѣчь еще будетъ ниже.

§ 33.

Въ противоположность (упомянутымъ) эгоистическимъ договорамъ, существуютъ договоры безмездные и прежде всего— *дареніе.* Дареніе является выраженіемъ высшей человѣческой потребности, по временамъ освободиться отъ тѣсныхъ рамокъ личнаго, узко—эгоистичнаго „я“ и понести заботу о благѣ другой личности. Такимъ образомъ дареніе представляетъ собой институтъ высшей этической цѣнности, хотя, конечно, результатомъ его могутъ явиться и злоупотребленія: намѣреніе дарителя не всегда великодушно, нерѣдко даритель преслѣдуетъ скрытыя, тайныя, недобросовѣстныя цѣли, случается, что даритель дѣйствуетъ изъ побужденій безнравственнаго характера, такъ что лицо, принимающее даръ, вноситъ въ правовую жизнь какой либо омрачающій ее элементъ. Нерѣдко также дарителя можно упрекнуть въ экономическомъ легкомысліи и отсутствіи стремленія къ пріобрѣтенію, и что онъ даритъ не во имя осуществленія какихъ либо альтруистическихъ цѣлей, а вслѣдствіе простого каприза, вытекающаго изъ его безалаберности въ хозяйственномъ отношеніи.

Тѣмъ не менѣе, въ общемъ, правопорядокъ долженъ относиться къ даренію очень благопріятно и только установить извѣстныя обезпеченія для предохраненія въ большей или меньшей степени отъ возможныхъ злоупотребленій. Изъ такихъ обезпеченій главнымъ является торжественная форма,

для осуществленія которой необходимо извѣстное время и содѣйствіе третьихъ лицъ,—этимъ создается извѣстная гарантія зрѣлаго обсужденія и спокойной обдуманности.

Прежде проводилось различіе между дареніями сообразно ихъ размѣру; торжественная форма была необходима только для совершенія крупныхъ дареній. Теперь это различіе утратило свое значеніе, и извѣстными формальностями сопровождается обѣщаніе даренія, между тѣмъ какъ для непосредственнаго даренія не предписывается никакая форма.

Въ прежнее время законы предоставляли дарителю возможность отказаться отъ даренія по его усмотрѣнію, и дареніе упрочивалось лишь по истеченіи извѣстнаго промежутка времени. Эти постановленія часто обходили тѣмъ, что даренію придавался фиктивно характеръ двусторонней возмездной сдѣлки, причемъ размѣры вознагражденія устанавливались самые минимальные, слѣдовательно въ сущности безмездный характеръ сохранялся.

Въ этомъ отношеніи любопытный образчикъ представляетъ собой лангобардское право, по которому даритель получалъ взамѣнъ своего дара какую либо ничтожную вещь—перчатку или старую шляпу (Launegild). По нашему праву дареніе является упроченнымъ съ самого начала, но въ трехъ направленіяхъ сдѣланы во имя справедливости отступленія отъ этого правила:

a) даритель имѣетъ право требовать возвращенія дара въ случаѣ неблагодарности одаряемаго лица (такъ было еще въ римскомъ правѣ);

b) даритель имѣетъ право требовать возвращенія дара въ случаѣ, если онъ обѣднѣетъ; взамѣнъ предмета дара ему можетъ быть предоставлено извѣстное содержаніе.

c) дѣти, родители или супруги, оставшіеся въ живыхъ послѣ смерти дарителя, могутъ требовать возвращенія дара цѣликомъ или въ части, если этимъ дареніемъ была нарушена ихъ указная доля въ наслѣдствѣ.

Къ числу безмездныхъ договоровъ относится также безмездное предоставленіе *услугъ*, каковое не считается даре-

ніемъ, ибо оно не относится къ благамъ вещественнымъ или къ дѣятельности, являющейся объектомъ цѣнности.

Сюда относятся безчисленныя ежедневныя услуги изъ любезности, когда одно лицо совершаетъ за другое какую либо покупку, исполняетъ порученіе, заключаетъ договоръ, платитъ или получаетъ платежъ и т. д. и такимъ образомъ оказываетъ извѣстную услугу. Такимъ договорамъ правопорядокъ долженъ также покровительствовать, такъ какъ взаимныя услуги изъ любезности не только заслуживаютъ похвалы въ этическомъ отношеніи, но и являются мощнымъ рычагомъ въ человѣческихъ сношеніяхъ. Если за такую дѣятельность дается какое нибудь вознагражденіе, тогда такой договоръ переходитъ въ простой договоръ найма услугъ, причемъ однако въ немъ могутъ сохраниться извѣстныя черты прежняго безмезднаго отношенія.

Существенной отличительной чертой этихъ отношеній, въ основѣ коихъ лежитъ услужливость, является то обстоятельство, что они отличаются меньшей устойчивостью и прочностью, нежели сдѣлки основанныя на эгоистическомъ разсчетѣ. Случается сплошь и рядомъ, что выражаешь готовность оказать извѣстное одолженіе, услугу, но впослѣдствіи какія нибудь обстоятельства препятствуютъ привести свое обѣщаніе въ исполненіе; вотъ почему обыкновенно каждое лицо, обѣщавшее извѣстное одолженіе, можетъ отступиться отъ него; само собой разумѣется, что такъ точно можетъ отступиться отъ сдѣлки то лицо, въ интересахъ котораго она должна была осуществиться.

§ 34.

Предшествующимъ краткимъ изложеніемъ исчерпываются сдѣлки, вытекающія изъ договоровъ. Остается пополнить картину еще слѣдующимъ штрихомъ. Возможно заключить договоръ такого свойства, что вызвавшіе заключеніе его экономическіе элементы въ юридическомъ отношеніи совершенно оставляются въ сторонѣ, и договоръ преслѣдуетъ одну только цѣль, — отвлеченный фактъ обязательства одного лица передъ другимъ. Такого

рода договоры возникли съ давнихъ поръ въ силу необходимости въ торговомъ оборотѣ, они упрощаютъ ходъ сдѣлки и, въ особенности облегчаютъ въ случаѣ спора судебный процессъ и являются, по сравненію съ другими, наиболѣе подходящимъ типомъ легко — передаваемыхъ обязательствъ. Такимъ образомъ возникаютъ такъ называемые *абстрактные договоры.*

Къ этимъ вполнѣ абстрактнымъ договорамъ примыкаютъ еще другіе, которые, оставаясь абстрактными по существу, опираются и на другія отношенія. Такъ напр., договоръ поручительства есть договоръ абстрактный, потому что поручитель принимаетъ на себя обязательство, несовершенно независимо отъ соображенія о томъ, какое вознагражденіе онъ получитъ за свое поручительство и какимъ путемъ онъ его получитъ: вознагражденіе онъ получаетъ въ большинствѣ случаевъ отъ должника, а обязывается предъ кредиторомъ.

Отношеніе поручительства издавна обратило на себя вниманіе правопорядка, оно необходимо въ цѣляхъ усиленія кредита отдѣльной личности: тотъ, кто вѣритъ въ платежеспособность извѣстнаго лица, можетъ вступиться за него передъ кредиторомъ, сомнѣвающимся въ его силахъ. Тогда какъ въ прежнее время поручитель становился на мѣсто должника и бралъ на себя его долгъ, теперь онъ становится наряду съ должникомъ и оба вмѣстѣ несутъ отвѣтственность.

Тяжелое положеніе поручителя презумируетъ необходимость зрѣлаго обсужденія, вотъ почему поручительство является обязательнымъ только въ томъ случаѣ, если оно изъявлено на письмѣ,—легкомысленное, необдуманное слово не должно еще связывать поручителя. Кромѣ того, правопорядокъ предоставляетъ поручителю извѣстныя привилегіи, главнымъ образомъ, право требовать предварительнаго привлеченія къ платежу главнаго должника. Это право ослабляетъ въ значительной мѣрѣ выгоды кредитора и представляетъ поводъ къ многочисленнымъ проволочкамъ, почему торговый оборотъ его и не допускаетъ; да и кромѣ того, во многихъ случаяхъ поручитель вынужденъ отказаться отъ этого права. Помимо этого поручитель имѣетъ въ случаѣ произведенной

уплаты не только право обыкновеннаго регресса, присущее солидарному должнику, но пользуется также специальнымъ правомъ регресса противъ должника и съ этой цѣлью можетъ осуществлять всѣ способы обезпеченія, принадлежавшіе удовлетворенному въ своей претензіи кредитору. Поручитель можетъ также выступить противъ должника еще до платежа, если обстоятельства измѣняются и складываются въ извѣстномъ порядкѣ, представляющемъ для него опасность, а кредиторъ бездѣйствуетъ; за то онъ не имѣетъ права требовать отъ кредитора какихъ либо наступательныхъ дѣйствій: кто можетъ самъ себѣ помочь, тотъ не нуждается въ посторонней помощи.

§ 35.

Обязательственныя отношенія могутъ также возникнуть путемъ *односторонняго обѣщанія* безъ принятія этого обѣщанія; такіе случаи обозначаются юридическимъ терминомъ *креація.* Это далеко не общее правило оборота; гораздо болѣе обосновано такое положеніе, при которомъ должникъ несетъ отвѣтственность лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель принятіемъ обѣщанія должника обнаружитъ наличность для себя извѣстнаго интереса отъ заключенія договора; но встрѣчаются случаи, для уясненія которыхъ недостаточно примѣненія идеи договорнаго отношенія и является необходимымъ присоединить идею односторонняго обѣщанія. Это проявляется особенно рельефно въ юридической концепціи, согласно которой данное лицо можетъ обязаться уплатить извѣстную сумму каждому, кто явится держателемъ опредѣленной бумаги, опредѣленнаго документа: здѣсь личность вѣрителя мѣняется, и кредиторскія права переходятъ отъ одного лица къ другому въ зависимости отъ обладанія долговымъ документомъ; благодаря этому, обязательственныя долговыя отношенія становятся объектомъ торговли въ степени и размѣрахъ, невозможныхъ въ прежнее время. Эта идея во всякомъ случаѣ древняго происхожденія и даже у Вавилонянъ мы встрѣчаемся съ ея зачатками, но римское право не сообщило ей над-

лежащаго развитія. Благодаря такому образу дѣйствій, является возможность утилизировать уже въ настоящее время подлежащіе удовлетворенію въ будущемъ долги путемъ простого отчужденія долгового документа, за вычетомъ изъ его стоимости процентовъ за промежуточное время.

Но и помимо этого, такого рода документы исполняютъ функціи оборота, отличающіяся огромнымъ значеніемъ. Большіе займы заключаются такимъ образомъ, что должникъ выдаетъ долговыя росписки, которыя становятся предметомъ оборота и представляютъ возможность хотя бы ежедневной перемѣны въ лицѣ держателя ихъ. Нужда въ деньгахъ заставляетъ одного отчуждать бумагу, потребность помѣщенія своихъ денегъ приводитъ другого къ пріобрѣтенію ея, этимъ путемъ возникаетъ оживленный мѣновой оборотъ, и онъ еще больше развивается подъ вліяніемъ возможности спекуляціи, благодаря тому обстоятельству, что бумаги эти то поднимаются въ цѣнѣ, то падаютъ, такъ что независимо отъ другихъ соображеній, уже по одной этой причинѣ торговля такими бумагами можетъ принести извѣстныя выгоды. Такимъ образомъ поддерживается постоянное оживленіе денежнаго рынка и для лицъ, нуждающихся въ деньгахъ, становится возможнымъ полученіе тѣхъ десятковъ-сотенъ тысячъ, которыя необходимы промышленности и торговлѣ.

Бумаги, о которыхъ говорится, носятъ названіе *бумагъ на предъявителя*, и существо ихъ заключается въ томъ, что должникъ обѣщаетъ выплатить извѣстную сумму всякому, кто явится владѣльцемъ бумаги. Основная мысль здѣсь слѣдующая: долгъ не долженъ принадлежать разъ навсегда фиксированному опредѣленному вѣрителю, послѣдній долженъ мѣняться въ зависимости отъ права собственности на бумагу,— вмѣстѣ съ переходомъ бумаги одинъ перестаетъ быть вѣрителемъ, а другой начинаетъ имъ становиться. Но это не представляетъ собой перехода обязательства, а только переносъ права собственности на бумагу, съ чѣмъ связано возникновеніе новаго обязательственнаго отношенія, независимаго отъ прежняго. Всѣ возникшія такимъ путемъ обязательства могутъ быть сведены къ одному обѣщанію должника, носящему

общій характеръ, слѣдовательно, всѣ эти будущія обязательства всевозможныхъ вѣрителей возникли изъ односторонняго обѣщанія должника.

Преимущества этой системы по сравненію съ системой договоровъ, связанныхъ съ переносомъ обязательства, заключаются въ томъ, что всякій пріобрѣтатель вполнѣ обезпеченъ въ своей претензіи, ему нечего опасаться, что какіе-нибудь недостатки или ограниченія, относившіеся къ долговой претензіи его предшественника, могутъ имѣть къ нему какое-либо отношеніе, такъ какъ его требованіе является совершенно новымъ и самостоятельнымъ.

Бумаги на предъявителя сопряжены однако и съ нѣкоторыми опасностями,—потеря ихъ является потерей цѣнности, похищеніе ихъ можетъ лишить собственника половины состоянія. Конечно, отъ всѣхъ этихъ опасностей можно себя въ бо̀льшей или меньшей степени предохранить и, во всякомъ случаѣ, выгоды и удобства бумагъ на предъявителя настолько велики, что изъ за этихъ опасностей нельзя отъ нихъ отказаться.

Присущія исключительно торговлѣ, ордерныя бумаги, главнымъ представителемъ коихъ является вексель, представляютъ аналогію съ бумагами на предъявителя. Объ этомъ рѣчь ниже.

§ 36.

Обязательственныя отношенія могутъ возникнуть также независимо отъ какой либо юридической дѣятельности лица, носящей характеръ сдѣлки, потому что извѣстное опредѣленное уравненіе отношеній постулируется справедливостью. Извѣстное *юридическое соединеніе вещей* подчасъ создаетъ юридическія формы, которыя, являясь сами по себѣ неизбѣжными, въ извѣстныхъ отношеніяхъ представляютъ собой нарушеніе права (Unrecht). Если, напр., мой камень застроенъ сосѣдомъ въ его зданіи, то, согласно принципамъ права, онъ становится его собственностью, и я не могу требовать разрушенія постройки для того, чтобы получить обратно свой

камень; но вмѣстѣ съ тѣмъ въ этомъ заключается извѣстная несправедливость, поскольку сосѣдъ обогатился моимъ имуществомъ. Болѣе грубое примитивное право не находитъ исхода, разрѣшенія подобныхъ случаевъ, но впослѣдствіи устанавливается слѣдующее положеніе: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда одно лицо, благодаря такимъ необходимымъ правовымъ перемѣнамъ, несправедливо обогатилось на счетъ другого, правопорядокъ даетъ потерпѣвшему право иска. Обогатившійся долженъ возмѣстить тому, на чей счетъ онъ обогатился, стоимость этого обогащенія. Такимъ образомъ соблюдаются всѣ требованія, вытекающія изъ права.

Подобнаго рода обязательства могутъ возникнуть также изъ другихъ обстоятельствъ, въ особенности въ томъ случаѣ, если въ основѣ ихъ лежитъ какое-либо нарушеніе правъ личности. Правонарушеніе также принимается въ соображеніе правопорядкомъ, но, такъ сказать, съ отрицательной точки зрѣнія: правопорядокъ не признаетъ его, осуждаетъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ старается путемъ созданія обязательствъ установить такое положеніе, при которомъ правонарушеніе было бы по возможности устранено. Это достигается при помощи *иска объ убыткахъ* (о возмѣщеніи вреда). Возмѣщеніе убытковъ заключается въ томъ, что тяжесть ущерба перелагается съ одного лица на другое; основанія къ такому переносу могутъ быть различныя, напр., договоръ страхованія. Но мы говоримъ теперь о переходѣ отвѣтственности за убытки, созданномъ стремленіемъ права къ устраненію послѣдствій правонарушенія. Правопорядокъ не имѣетъ абсолютной возможности полнаго уничтоженія послѣдствій правонарушенія, онъ не можетъ сдѣлать ихъ несуществующими, но для него доступно установленіе такого порядка, при которомъ лицо, понесшее неправомѣрный ущербъ, не испытаетъ его вовсе или испытаетъ въ минимальной мѣрѣ. Это достигается путемъ переложенія ущерба на то лицо, по винѣ котораго ущербъ произошелъ, такъ что оно уже является теперь потерпѣвшимъ, а прежній потерпѣвшій вновь цѣлъ и невредимъ.

То обстоятельство, что, благодаря такому порядку, тяжесть ущерба обрушивается на лицо, по винѣ котораго онъ воз-

никъ, не составляетъ никакой несправедливости; наоборотъ, такое положеніе вполнѣ соотвѣтствуетъ началамъ права; возмѣщеніе убытковъ содержитъ въ себѣ, такимъ образомъ, характеръ кары, исполняетъ извѣстную карательную функцію, но вмѣстѣ съ тѣмъ оно не исключаетъ возможности другого, личнаго наказанія. Переложеніе ущерба совершается слѣдующимъ способомъ: виновная сторона является обязанной возмѣстить вредъ натурой или въ видѣ денежнаго эквивалента.

Обязанность возмѣщенія вреда можетъ также получить распространеніе на область договорныхъ отношеній; въ послѣднихъ обѣ стороны обязаны не только воздерживаться отъ правонарушеній, но и охранять съ извѣстной внимательностью и заботливостью интересы другой стороны. Здѣсь тоже возникаютъ обязанности возмѣщенія вреда, и поэтому различаются иски объ убыткахъ по договорамъ и просто иски о возмѣщеніи вреда.

Здѣсь возникаютъ слѣдующія важныя соціальныя проблеммы: должно ли возмѣщеніе убытковъ являться обязательнымъ только при наличности вины со стороны причинившаго вредъ или же и въ тѣхъ случаяхъ, когда одно лицо нанесло другому ущербъ *безъ всякой вины?* Представимъ себѣ, напр., что сумасшедшій милліонеръ сжегъ хижину бѣдняка. Римское право придерживается въ этомъ отношеніи теоріи виновности въ чистомъ видѣ;—въ приведенномъ случаѣ не существуетъ обязанности возмѣщенія вреда. Германское право никогда не было въ состояніи вполнѣ усвоить себѣ такой взглядъ, и постоянно появлялись юристы, требовавшіе въ подобныхъ случаяхъ обязательности возмѣщенія вреда. Новое Германское гражданское уложеніе сдѣлало въ этомъ отношеніи извѣстныя уступки въ духѣ упомянутыхъ германскихъ идей; конечно, оно не зашло такъ далеко, чтобы установить обязательство возмѣщенія вреда для всѣхъ случаевъ причиненія его, безъ вины, ибо этимъ создалось бы невыносимое положеніе; но суду предоставляется дискреціонная власть, по соображеніи съ обстоятельствами дѣла и съ имущественнымъ положеніемъ сторонъ, опредѣлить обязанность возмѣщенія убытковъ цѣликомъ или въ части. Такое законодательное по-

становленіе является однимъ изъ звеньевъ всей цѣпи многочисленныхъ усилій и стремленій къ возможно равномѣрному раздѣленію невыгодъ, вреда и къ преимущественному привлеченію въ дѣлѣ несенія тяготъ тѣхъ лицъ, для которыхъ покрытіе ущерба является менѣе чувствительнымъ.

Вторая проблемма соціальнаго характера—это *отвѣтственность за третьихъ лицъ.* Напр., несетъ ли хозяинъ отвѣтственность за своихъ слугъ, мастеръ за своихъ учениковъ, ремесленникъ за своихъ подмастерьевъ? Совершенное устраненіе такой отвѣтственности находилось бы въ противорѣчіи съ отношеніями, взглядами и требованіями оборота. Тотъ, кто для приведенія въ исполненіе принятыхъ на себя обязательствъ пользуется помощью другихъ лицъ, а особенно тотъ, кто имѣетъ извѣстные, такъ сказать, промышленные органы для своей промышленной дѣятельности, долженъ подчиняться тому, что дѣятельность этихъ органовъ и замѣстителей считается его личной дѣятельностью. Вотъ почему новое Германское гражданское уложеніе постановляетъ, что въ договорныхъ отношеніяхъ каждый несетъ отвѣтственность за то лицо, которымъ онъ пользуется для исполненія своихъ обязательствъ. Юридическія лица тоже должны нести отвѣтственность за своихъ представителей; мало того,—они отвѣчаютъ за своихъ представителей независимо отъ содержанія заключенныхъ съ ними договоровъ, если представители тѣ, при управленіи ходомъ предпріятія, совершаютъ запрещенныя дѣянія и причиняютъ этимъ вредъ. Остальныя лица отвѣчаютъ за дѣйствія своихъ подчиненныхъ внѣ сферы осуществленія принятыхъ послѣдними обязательствъ, лишь въ ограниченной и условной степени, и это совершенно правильно.

Намъ кажется вполнѣ цѣлесообразнымъ, чтобы ремесленникъ, посылающій своего подмастерья для поправки газоваго рожка, отвѣчалъ за него въ случаѣ, если онъ испортитъ работу: ремесленникъ получаетъ за работу извѣстную плату безразлично, сдѣлаетъ ли онъ ее самъ или поручитъ подмастерью, и, слѣдовательно, долженъ подчиниться тому, что работа его подмастерья принимается въ соображеніе какъ

будто его личная. Но если подмастерье, независимо отъ порученной ему работы, по неловкости или по злобѣ разобьетъ кому либо стекла, во время производства этой работы, или, если, напр., кухарка во время уборки кухни, бросить горящую щепку на крышу сосѣдняго дома, то, въ обычномъ порядкѣ, хозяинъ не несетъ отвѣтственности. Отвѣтственнымъ является онъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ былъ небреженъ и неостороженъ въ выборѣ прислуги и подмастерья или надзорѣ за ними,—въ этомъ случаѣ возложеніе отвѣтственности на хозяина вполнѣ справедливо, ибо тотъ, кто поручаетъ какому нибудь человѣку работу, которая можетъ предоставить послѣднему возможность подобныхъ злоупотребленій, долженъ быть остороженъ въ выборѣ и не отдавать этой работы съ могущими возникнуть изъ нея опасностями, во вредъ другимъ, на произволъ судьбы.

Довольно важное значеніе имѣетъ также вопросъ объ отвѣтственности *за животныхъ*; въ этомъ отношеніи различныя законодательства придерживаются самыхъ разнообразныхъ воззрѣній. Въ Германіи принято такое положеніе, что владѣлецъ животнаго безусловно несетъ за него отвѣтственность; этотъ взглядъ, устанавливающій столь широкую отвѣтственность, принуждаетъ собственниковъ животныхъ охранять себя отъ могущихъ возникнуть изъ этого невыгодныхъ послѣдствій путемъ заключенія договоровъ страхованія.

Е. Торговое право

§ 37.

Торговый оборотъ, особенно въ германскихъ странахъ, вызвалъ къ жизни различные институты, которыми обусловливалось установленіе наряду съ гражданскимъ правомъ спеціальнаго торговаго права. Это особое право можетъ носить характеръ права регулирующаго извѣстныя формы сдѣлокъ, или же являться особымъ сословнымъ правомъ для лицъ, занимающихся торговлей; распространяющимся съ из-

вѣстной послѣдовательностью и на лицъ прочихъ сословій. Современное германское торговое право придерживается послѣдняго принципа, между тѣмъ какъ прежде, въ теченіи довольно продолжительнаго времени, а именно послѣ кодификаціи торговаго права въ 1861 г., въ отношеніи торговаго права придерживались первой изъ указанныхъ точекъ зрѣнія.

Къ торговому сословію принадлежатъ лица, занимающіяся сбытомъ цѣнностей, притомъ сбытомъ, какъ фактическимъ, такъ и юридическимъ. Купля и продажа, а также перевозка, доставка цѣнностей являются первыми и главнѣйшими видами торговой дѣятельности. Когда стали называть купцомъ и того, кто отчуждаетъ вещи послѣ ихъ предварительной переработки, кругъ лицъ, принадлежащихъ къ торговому сословію, былъ значительно расширенъ, и фабрикантъ, и даже ремесленникъ также вошли въ него. Сдѣлки денежнаго обращенія, какъ-то: заемъ, продажа цѣнныхъ бумагъ, дисконтъ, отдача денегъ на сохраненіе и находящіяся въ связи съ этимъ сдѣлки по пріему и выдачѣ денежныхъ суммъ за чужой счетъ, все это нынѣ причисляется къ сферѣ торговли, и банковое дѣло съ его своеобразными порядками, вексельныя сдѣлки, контокурентъ— сдѣлались важной отраслью торговаго права. Позднѣе сюда же причислено было страхованіе, при коемъ отъ одного лица къ другому перемѣщаются не вещи, а только цѣнность ихъ въ видѣ риска. Но на этомъ еще не остановились; современное право сдѣлало еще слѣдующее добавленіе: всѣ тѣ лица, сфера дѣятельности которыхъ такъ обширна, что въ управленіи ихъ предпріятіями необходимо долженъ примѣняться купеческій методъ, входятъ, подпадаютъ, или могутъ войти въ сферу торговыхъ. Такъ, всѣ акціонерныя компаніи считаются теперь торговыми обществами, а также всѣ общества съ ограниченной отвѣтственностью и товарищества; каждое лицо, ведущее крупное предпріятіе, становится купцомъ, если запишется въ торговый регистръ или если оно можетъ быть принуждено къ этому.

Своеобразный отпечатокъ торговли выражается въ томъ,

что здѣсь стремятся къ большей быстротѣ и опредѣленности, и это, въ связи съ огромнымъ разнообразіемъ отношеній, создаетъ необходимость *порядка* и *ясности*, безъ которыхъ невозможно было бы обозрѣніе и подведеніе итоговъ. Торговля только тогда можетъ процвѣтать, если купецъ исполняетъ свои обязательства со всей возможной заботливостью и если онъ соблюдаетъ въ своихъ имущественныхъ отношеніяхъ такой строгій порядокъ, который даетъ ему возможность быстро обозрѣть всѣ свои дѣла. Одно предпріятіе примыкаетъ къ другому, одно дѣло влечетъ за собой другое, и купецъ долженъ сообразить, является ли каждое новое предпріятіе подходящимъ, не превышаетъ ли оно его денежныхъ средствъ. Вотъ почему правопорядокъ требуетъ отъ купца соблюденія извѣстныхъ предписаній, обусловливающихъ возможность такого порядка и обозрѣнія всѣхъ его дѣлъ. Веденіе торговыхъ книгъ было извѣстно уже въ древности, а въ средневѣковой Италіи оно получило особое развитіе, соотвѣтствующее современнымъ требованіямъ. Купецъ долженъ вести торговыя книги, объясняющія его торговую дѣятельность, отъ этой обязанности освобождены только мелкіе купцы. Къ этому присоединяется еще обязанность производить періодическіе баллансы и повѣрку инвентаря въ цѣляхъ предоставленія, въ связи съ торговыми книгами, возможности ревизіоннаго обзора; купецъ обязанъ также сохранять корреспонденцію (полученныя письма въ оригиналѣ, а отосланныя въ копіи). Кромѣ того, по отношенію къ нѣкоторымъ обязательствамъ дѣйствія купцовъ обсуждаются строже, чѣмъ дѣйствія частныхъ лицъ. Такъ, напр., если купецъ пріобрѣтаетъ предметы, купленные путемъ двусторонняго торговаго оборота, то онъ обязанъ тотчасъ же изслѣдовать товаръ и въ случаѣ обнаруженія какихъ-либо недостатковъ немедленно объявить о таковыхъ. Купецъ отвѣчаетъ и по поручительству, не изложенному на письмѣ, онъ безусловно отвѣчаетъ за договорную неустойку—безъ права на уменьшеніе ея. Прежнее право возлагало на перевозчика грузовъ тяжелую отвѣтственность, а именно,—не только за всякую свою личную вину, но во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ не могъ доказать

существованіе особеннаго стеченія обстоятельствъ, извѣстнаго подъ названіемъ непреодолимой силы, „vis major“; такое положеніе теперь не существуетъ и остается въ силѣ только для желѣзныхъ дорогъ. Кромѣ того, издавна существовали особыя средства, коими можно было принудить купца къ производству платежа: такъ, еще и теперь сохранилось при двустороннихъ торговыхъ сдѣлкахъ *право удержанія*, въ цѣляхъ полученія платежа, если одинъ купецъ при извѣстныхъ условіяхъ овладѣлъ товаромъ, принадлежащимъ купцу, являющемуся его должникомъ.

Отношенія *купца къ своимъ помощникамъ*, дѣйствующимъ за него въ торговлѣ, отличаются извѣстными своеобразными чертами,—тутъ возникаютъ нѣкоторыя специфическія обязательства, какъ съ одной, такъ и съ другой стороны.

Итакъ, личныя отношенія и сдѣлки, присущія торговлѣ, отличаются извѣстными значительными особенностями, вотъ почему и доселѣ продолжаютъ обыкновенно разсматривать торговое право, какъ особую отрасль права, несмотря на то, что благодаря нов. герм. граж. улож. въ этомъ направленіи послѣдовало во многихъ отношеніяхъ сближеніе, и прежнія особенности торговаго оборота сдѣлались предметомъ обще-гражданскаго права, такъ что торговое право носитъ нѣсколько отрывочный характеръ.

§ 38.

Соотвѣтственно повышенію торговой дѣятельности, и личность, ведущая оную, выступаетъ особенно рельефно. Лицо ведущее торговое предпріятіе, является носителемъ спеціальнаго имени, *фирмы*, которое, правда, въ большинствѣ случаевъ совпадаетъ съ гражданскимъ именемъ, но все же обнаруживаетъ извѣстную особенность.

Особенность эта заключается въ томъ, что личность кладетъ свой отпечатокъ на предпріятіе и сообщаетъ ему индивидуальный характеръ. Предпріятіе носитъ на себѣ слѣды управляющей имъ личности, а его особенности и отличительные признаки имѣютъ своимъ источникомъ тѣ основныя начала,

которыми личность руководствуется, и тѣ способы и средства, въ которыхъ получаетъ выраженіе свободное ея усмотрѣніе въ дѣлѣ развитія предпріятія и извлеченія выгоды изъ его положенія. Вотъ причина того, что въ концѣ концовъ личность, именно потому, что она выступаетъ здѣсь особенно ярко выраженной, постепенно все болѣе и болѣе скрывается за торговымъ домомъ, и договоры заключаются не столько съ личностью, сколько съ домомъ: здѣсь проявляется діалектическое обращеніе къ противоположному. Отсюда вытекаетъ слѣдующее: разъ торговый домъ, такъ сказать, пущенъ въ ходъ, и обнаружились его существенныя основныя положенія,—въ немъ проявится тенденція оставаться на томъ же пути даже въ случаѣ перемѣны владѣльца; это послужило поводомъ къ развитію того обычая торговаго права, согласно которому, въ случаѣ перехода предпріятія къ новому хозяину, послѣдній можетъ пріобрѣсть также фирму, такъ что, въ концѣ концовъ, имя хозяина торговаго предпріятія и наименованіе самого предпріятія могутъ быть совершенно различны. Право сообразуется съ этимъ торговымъ обычаемъ,—германское законодательство разрѣшаетъ отчужденіе фирмы совмѣстно съ отчужденіемъ предпріятія.

Марка, клеймо, товарный знакъ являются, подобно фирмѣ, средствомъ для того, чтобы отмѣтить личность и выдвинуть ее въ оборотѣ; надо только замѣтить, что товарный знакъ не находится въ неразрывной зависимости именно отъ фирмы или даже отъ занятія именно торговлей,—каждый, кто производитъ промышленнымъ путемъ матеріальные предметы, имѣетъ право установить извѣстный внѣшній отличительный признакъ для продуктовъ своего производства, т. е. такъ называемую марку, клеймо. Вотъ почему клеймо, товарный знакъ находитъ примѣненіе, напр., и въ сельскомъ хозяйствѣ, но все же главной областью примѣненія клейма остается торговля. Клеймомъ отмѣчается самый товаръ, его обертка или упаковка, а также другіе предметы, имѣющіе соотношеніе къ товарному обороту, напр., счеты, проспекты, объявленія и проч.

Лицо, являющееся носителемъ опредѣленнаго имени или фирмы, естественно имѣетъ право обозначать имъ свои то-

вары, но для оборота этого оказалось недостаточно. Уже издавна укоренилось обыкновеніе помѣщать на товарахъ разнаго рода фигуральныя изображенія, долженствовавшія вначалѣ обозначать собственника вещи, а затѣмъ производителя товара, потому что такая отмѣтка больше бросается въ глаза и является гораздо болѣе внушительной, чѣмъ простое выставленіе имени. Для обозначенія товара употребляются также вымышленныя слова, изобрѣтенныя фантазіей, такъ какъ этимъ возбуждается въ извѣстномъ отношеніи духовный элементъ, создается настроеніе, что оказываетъ нерѣдко благотворное вліяніе на всѣхъ причастныхъ къ дѣлу, перенося и приподнимая ихъ отъ житейской прозы.

Возникла потребность къ индивидуализаціи такихъ знаковъ, такъ что каждый обладаетъ своимъ спеціальнымъ знакомъ, по которому узнается его товаръ. Въ эпоху цехового строя это достигалось тѣмъ, что цеховой ремесленникъ получалъ свой опредѣленный цеховой знакъ, который заносился въ цеховой регистръ. Теперь для этого существуетъ спеціальный регистръ товарныхъ знаковъ, въ каковой должно быть занесено по предварительной провѣркѣ каждое клеймо для того, чтобы оно пользовалось охраной законовъ въ полной мѣрѣ; если клеймо не занесено, оно охраняется только сообразно основнымъ принципамъ охраны противъ недобросовѣстной промышленной конкурренціи.

§ 39.

Торговля проявляетъ тенденцію къ *ассоціаціи*: небольшія имущества примыкаютъ другъ къ другу, соединяются съ цѣлью достиженія такимъ путемъ крупныхъ результатовъ. Это общеніе, товарищеское единеніе является огромнымъ благодѣяніемъ,—оно смягчаетъ соціальныя неравенства и противоположенія, ибо даетъ и менѣе состоятельнымъ возможность пустить въ ходъ крупные капиталы, поскольку только эти послѣдніе являются продуктомъ разумнаго и правильнаго единенія. Это положеніе вполнѣ примѣнимо и въ товарище-

ствахъ, обществахъ гражданскаго права; по отношенію къ обществамъ торговымъ выдвигается много другихъ требованій,—для нихъ необходимы, какъ для всей торговли вообще, большая точность и опредѣленность въ сношеніяхъ съ третьими лицами, единство дѣятельности и тщательный порядокъ и заботливость. Вотъ почему торговое право устанавливаетъ по отношенію къ обществамъ, товариществамъ такой порядокъ, что они считаются юридическими лицами съ самостоятельными правами и обязанностями, что ихъ ȯрганы обладаютъ совершенно опредѣленной юридической властью, правовыми полномочіями дѣйствовать такимъ образомъ, что каждое лицо, входящее съ ними въ какія либо сношенія можетъ быть увѣрено въ томъ, что за этими ȯрганами стоитъ общество. На этихъ органахъ лежитъ обязанность заботиться о правильномъ ходѣ предпріятія и его хозяйственномъ управленіи, во многихъ отношеніяхъ они несутъ тяжелую отвѣтственность какъ граждански-правовую, такъ въ иныхъ случаяхъ и уголовно-правового характера. *Полное торговое товарищество* признается совершенно правильно юридическимъ лицомъ, оно выступаетъ совершенно самостоятельно, и ему присущъ характеръ единства въ оборотѣ, въ гипотечной системѣ и въ процессѣ. Своеобразно то обстоятельство, что всѣ члены такого товарищества отвѣчаютъ по долгамъ его солидарно, такъ что кредиторъ товарищества имѣетъ всегда нѣсколько должниковъ,—на первомъ планѣ само товарищество, а затѣмъ каждый отдѣльный участникъ. Это положеніе сохраняетъ свою силу и по отношенію къ каждому вступающему новому члену товарищества, который отвѣчаетъ за всѣ его долги, даже старые. Само собой разумѣется, что эта солидарная отвѣтственность не находится въ противорѣчіи съ характеромъ единства, присущимъ товариществу, и съ его значеніемъ, какъ юридическаго лица. Благодаря этой отвѣтственности, положеніе кредиторовъ является вполнѣ обезпеченнымъ, вотъ почему не существуетъ какихъ либо особыхъ правилъ предосторожности по отношенію къ сохраненію въ цѣлости капитала полнаго товарищества,—это сохраненіе вполнѣ предоставлено членамъ товарищества и является ихъ частнымъ дѣломъ, въ

которое кредиторы не могутъ вмѣшиваться даже въ тѣхъ случаяхъ, когда члены рѣшаютъ по взаимному соглашенію уменьшить свой складочный капиталъ, такъ какъ товарищи вѣдь несутъ полную личную отвѣтственность. Органами товарищества являются сами участники его и въ большинствѣ случаевъ такимъ образомъ, что каждый имѣетъ право дѣйствовать самостоятельно, правомочія ихъ почти совершенно неограничены, товарищество отвѣчаетъ и за провинности своихъ органовъ, и въ этомъ отношеніи примѣняются высказанныя выше положенія объ отвѣтственности юридическихъ лицъ за своихъ представителей.

Эта форма товарищескаго соединенія представляетъ, разумѣется, большую опасность для участниковъ и не особенно подходитъ тѣмъ лицамъ, которыя не склонны къ смѣлымъ спекуляціямъ. Вотъ почему въ торговлѣ развилась вторая форма товарищества, заключающаяся въ томъ, что лицо, вступающее вновь въ товарищество, несетъ отвѣтственность лишь въ извѣстныхъ опредѣленныхъ размѣрахъ, опредѣленной суммой денегъ и освобождается отъ дальнѣйшей отвѣтственности, разъ онъ внесъ въ складочный капиталъ товарищества эту сумму. Эти, такъ называемыя *коммандитныя товарищества* имѣютъ большое сходство съ *товариществомъ на вѣръ или по вкладамъ*. Вкладчикъ также вноситъ въ предпріятіе извѣстную долю имущества и участвуетъ въ прибыляхъ и убыткахъ, причемъ въ отношеніи убытковъ не свыше своего наличнаго вклада, онъ отличается отъ коммандитиста только тѣмъ, что не участвуетъ въ товарищескомъ имуществѣ и вообще, такъ сказать, совершенно не выступаетъ наружу; вкладчикъ находится въ положеніи, аналогичномъ съ заимодавцемъ, онъ состоитъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ съ купцомъ, въ предпріятіе котораго онъ внесъ свой вкладъ, и отличается отъ заимодавца только тѣмъ, что получаетъ не опредѣленный процентъ, а участвуетъ въ прибыляхъ и убыткахъ предпріятія.

Всѣ эти виды товариществъ существенно отличаются отъ тѣхъ, которые называютъ *чисто капиталистическими*,—въ этихъ послѣднихъ никто изъ участниковъ не несетъ личной

отвѣтственности, отвѣчаетъ исключительно товарищеское имущество—corpus societatis. Здѣсь товарищество вполнѣ противополагается отдѣльнымъ членамъ его,—эти послѣдніе не должны ни представлять собою товарищества, ни отвѣчать за него своимъ личнымъ имуществомъ, они только участвуютъ своими капиталами и въ худшемъ случаѣ могутъ потерять только вложенныя ими суммы. Эти формы товариществъ преслѣдуютъ большія и важныя цѣли, благодаря имъ возможно основать предпріятія огромныхъ размѣровъ, для которыхъ потребовалось бы въ противномъ случаѣ колоссальное состояніе, и съ такимъ рискомъ, который явился бы невозможнымъ для каждаго отдѣльнаго участника товарищества. Главнѣйшая изъ этихъ формъ товарищества есть *акціонерная компанія*, — это чисто-капиталистическое товарищество, которое, впрочемъ, отличается въ извѣстныхъ важныхъ отношеніяхъ особенными характерными чертами,— въ отношеніи рода участія и рода неприкосновеннаго основного капитала. Подобныя формы товариществъ встрѣчаются уже въ средніе вѣка въ Италіи; горное дѣло создало также аналогичныя формы предпріятій. Особенно важное значеніе пріобрѣла эта форма товарищества въ Голландіи въ эпоху ея усиленнаго колоніальнаго развитія; именно здѣсь акціонерныя предпріятія получили тотъ видъ, то строеніе, которые нынѣ распространены повсюду; даже въ англійскомъ правѣ развились формы предпріятій, въ большей или меньшей мѣрѣ родственныя этимъ акціонернымъ компаніямъ. Крупныя колоніальныя предпріятія требовали формы товарищескаго единенія безъ личной отвѣтственности, ибо эта послѣдняя могла бы оказаться черезчуръ тягостной и представляла бы слишкомъ большую опасность для отдѣльнаго лица. Съ другой стороны, необходимо было созданіе извѣстныхъ гарантій, обезпечивающихъ постоянные размѣры и высоту товарищескаго капитала, для того, чтобы былъ всегда на лицо прочный фондъ для удовлетворенія претензій кредиторовъ; это достигалось путемъ фиксаціи опредѣленнаго основного капитала, который нельзя было уменьшать, раздѣлить между собой и изъ котораго нельзя было выплачивать какія либо суммы отдѣльнымъ

лицамъ до тѣхъ поръ, пока продолжалось существованіе товарищества. Такимъ образомъ, никто изъ участниковъ товарищества не можетъ выступить изъ него во время его существованія съ тѣмъ, чтобы получить свою часть изъ предпріятія. Къ этому приводитъ еще слѣдующее: доля участія каждаго члена товарищества должна выражаться въ опредѣленной денежной суммѣ, называемой акціей, и совокупность этихъ акцій образуетъ основной капиталъ, неизмѣнный фондъ предпріятія. Вслѣдствіе этого такое товарищество никогда не можетъ гарантировать отдѣльнымъ членамъ извѣстные проценты, а только доли участія въ прибыли тѣхъ лѣтъ, которые окажутся прибыльными, т. е. такъ называемые *дивиденды*.

Существеннымъ элементомъ акціонерныхъ компаній является еще одно обстоятельство, которое не мало способствовало распространенію ложныхъ воззрѣній въ публикѣ и вытѣсненію идеи товарищескаго участія; обстоятельство это слѣдующее: какъ выше было сказано, акціонеръ не можетъ выступить изъ товарищества съ тѣмъ, чтобы получить свою долю участія въ предпріятіи, за то ему дается право отчужденія своей доли участія, такъ что его преемникъ вступаетъ на его мѣсто въ качествѣ члена товарищества.

Эта отчуждаемость долей участія, правда, не составляетъ необходимой принадлежности всякаго акціонернаго предпріятія, но обыкновенно она существуетъ. Этимъ облегчается возможность подысканія акціонеровъ, но, съ другой стороны, это способствуетъ возникновенію въ лицѣ акціонеровъ заблужденій относительно свойствъ своихъ правъ; благодаря этой отчуждаемости долей участія, акціонеръ забываетъ, что онъ является участникомъ товарищескаго предпріятія, которому онъ долженъ въ извѣстной степени себя посвятить, если даже его денежное участіе исчерпывается уплатой стоимости акціи. Многіе поэтому смотрятъ на акцію просто какъ на извѣстный прибыльный видъ помѣщенія капитала и очень мало интересуются дѣлами предпріятія. Во всякомъ случаѣ, въ цѣляхъ контроля и надзора, необходимо существованіе наблюдательнаго совѣта, который слѣдитъ за дѣйствіями представителя, управляющаго предпріятіемъ; однако опытъ по-

казываетъ, что это средство не является вполнѣ дѣйствительнымъ, и было бы желательно, чтобы акціонеры сами интересовались въ большей степени дѣлами компаніи и принимали болѣе дѣятельное и живое участіе въ собраніяхъ членовъ, такъ назыв. общихъ собраніяхъ (объ этомъ рѣчь еще будетъ ниже).

Если, съ одной стороны, основной капиталъ не можетъ быть уменьшенъ для того, чтобы кредиторы были обезпечены въ своихъ претензіяхъ, то, съ другой стороны, и ликвидація или раздѣлъ акціонернаго имущества могутъ имѣть мѣсто лишь послѣ того какъ послѣдуетъ въ извѣстномъ ликвидаціонномъ порядкѣ удовлетвореніе кредиторовъ, и тѣмъ самымъ уничтожится необходимость сохраненія въ наличности капитала, назначеннаго на покрытіе долговъ.

Къ сожалѣнію, эта форма товарищества подавала неоднократно поводъ къ злоупотребленіямъ. Главныя неурядицы явились послѣдствіемъ отчуждаемости акцій.

Многіе учредители акціонерныхъ компаній заботились только о томъ, чтобы основать ее и затѣмъ какъ можно скорѣе помѣстить съ извѣстной выгодой акціи въ руки разныхъ лицъ. Съ этой цѣлью всевозможныя предпріятія, даже самыя несбыточныя, облекались въ форму акціонерныхъ компаній, и никуда негодныя, ничего не стоющія имущества, по непомѣрно возвышенной оцѣнкѣ, образовали имущественные взносы, за которые выдавалось на многія тысячи акцій. Сейчасъ-же вслѣдъ за этимъ учредители продавали свои акціи и затѣмъ присутствовали въ качествѣ постороннихъ зрителей при гибели этихъ акціонерныхъ компаній, покоившихся на призрачныхъ основахъ. Въ 1871—1873 гг. разразился кризисъ, который обрушилъ неисчислимыя бѣдствія на Германію. Позднѣе стали болѣе предусмотрительны, и современное законодательство старается предотвратить возможность важнѣйшихъ злоупотребленій путемъ установленія спеціальныхъ мѣръ предосторожности и строгой отвѣтственности учредителей. Но главнымъ предохранительнымъ элементомъ въ этомъ отношеніи является оздоровленіе нравственнаго сознанія и убѣжденіе въ томъ, что нація не можетъ создавать кажущих-

ся, призрачныхъ цѣнностей, что крупныя предпріятія могутъ оказать благотворное вліяніе только на почвѣ богатаго промышленнаго развитія. Развитіе Германской промышленности и ея огромное экономическое значеніе служатъ залогомъ въ томъ, что подобныя злополучія и бѣдствія не смогутъ болѣе имѣть мѣсто въ соціальной жизни.

Наряду съ другими мѣрами предосторожности существуютъ слѣдующія: акціонерныя компаніи не могутъ возникнуть безъ предварительной судебной повѣрки, они могутъ начать свои дѣйствія лишь послѣ того, какъ внесены въ торговый регистръ, а эта регистрація можетъ послѣдовать только въ томъ случаѣ, если судъ убѣдится въ томъ, что на лицо имѣются необходимыя юридическія основанія товарищества, а именно,— всѣ акціи должны быть записаны, и 25% каждой акціи уплочены. Итакъ, занесеніе въ торговый регистръ имѣетъ въ данномъ случаѣ иное значеніе чѣмъ для полныхъ товариществъ, для которыхъ регистрація также необходима, но не составляетъ презумпціи нефиктивности, солидности предпріятія. Во всякомъ случаѣ этимъ еще, разумѣется, устраняются далеко не всѣ опасности, ибо эти послѣднія въ наше время заключаются не столько въ учрежденіи акціонерныхъ компаній, сколько въ веденіи ихъ, управленіи ими и въ этомъ отношеніи, какъ было указано выше, система обязательности наблюдательнаго совѣта оказалась далеко не достаточной для гарантированія правильнаго, осторожнаго и добросовѣстнаго образа дѣйствій. Врядъ ли мы еще долгое время съумѣемъ обойтись безъ государственнаго контроля надъ ходомъ предпріятій; событія послѣдняго времени въ значительной мѣрѣ подорвали увѣренность въ томъ, что достаточно положиться на присущую торговлѣ честность, на бдительность акціонеровъ, и что публичная отчетность обезпечиваетъ общество.

Коммандитныя компаніи на акціяхъ, нѣсколько сложная и запутанная форма товарищества, мало развились, но детально урегулированы Германскимъ законодательствомъ. Эти компаніи представляютъ изъ себя въ дѣйствительности акціонерныя компаніи съ той лишь особенностью, что къ акціонерамъ

привступаютъ еще одинъ или нѣсколько лично отвѣтственныхъ товарищей.

Родственную акціонернымъ компаніямъ форму товарищества представляютъ собой *товарищества съ ограниченной отвѣтственностью*, они являются всецѣло продуктомъ новѣйшаго правообразованія и получили своеобразное развитіе въ Германіи. Эти товарищества, какъ и акціонерныя компаніи, представляютъ изъ себя чисто капиталлистическія товарищества, безъ всякой личной отвѣтственности. Существенное отличіе ихъ отъ акціонерныхъ компаній заключается въ томъ, что они предназначаются для предпріятій меньшихъ размѣровъ и поэтому не преслѣдуютъ цѣль легкаго и свободнаго отчужденія акцій. Доли участія товарищей могутъ быть отчуждаемы только путемъ оффиціальныхъ документовъ, слѣдовательно акціи на предъявителя здѣсь существовать не могутъ.

Затѣмъ, доли участія отдѣльныхъ товарищей могутъ быть совершенно различны, но сходство съ акціонерными компаніями проявляется въ томъ, что эти доли должны быть дѣлимы на 100, и въ общемъ собраніи на каждыя 100 марокъ имѣютъ одинъ голосъ. Здѣсь нѣтъ надобности въ наблюдательномъ совѣтѣ, и строгія правила относительно учрежденія и отвѣтственности учредителей не находятъ себѣ здѣсь примѣненія, публика менѣе ознакомливается о ходѣ и положеніи ихъ дѣловыхъ операцій, въ частности отчетность и баллансъ опубликовываются лишь періодически въ банкахъ, между тѣмъ какъ акціонерныя компаніи обязаны къ постоянной публичной отчетности. Что касается остального, то въ товариществахъ съ ограниченной отвѣтственностью, какъ товариществахъ чисто капиталлистическихъ, основной капиталъ также долженъ сохраняться въ полномъ объемѣ, и не разрѣшается выплата его во время существованія товарищества; при прекращеніи товарищества должны быть соблюдены извѣстныя правила предосторожности, обезпечивающія кредиторамъ сохранность основного капитала.

Тогда какъ акціонерныя компаніи и товарищества съ ограниченной отвѣтственностью могутъ учреждаться для всевозможныхъ цѣлей (такъ, напр., существуютъ религіозные

союзы въ видѣ товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, музеи и массонскія ложи въ формѣ акціонерныхъ компаній), такъ называемыя *производительныя* и хозяйственныя товарищества представляютъ изъ себя формы союзовъ, учрежденіе которыхъ возможно только въ опредѣленныхъ цѣляхъ, а именно въ цѣляхъ соціальныхъ,—для обезпеченія ремесленникамъ и среднему классу путемъ единенія возможности болѣе легкаго и дешеваго удовлетворенія потребностей жизни и работы и вмѣстѣ съ тѣмъ участія въ прибыли, являющейся результатомъ производства и продажи произведенныхъ продуктовъ. Основная идея этихъ союзовъ слѣдующая: покупаетъ и продаетъ союзъ, но прибыль отъ союзныхъ предпріятій принадлежитъ участникамъ союза. Здѣсь невозможно было сохранить неприкосновеннымъ принципъ постояннаго, прочнаго основного капитала, надо было дать возможность каждому товарищу выступить изъ союза и взять свой капиталъ, надо было также стремиться къ привлеченію возможно большаго количества новыхъ членовъ, благодаря этимъ условіямъ товарищескій капиталъ носитъ очень перемѣнный характеръ. Съ другой стороны, доли участія товарищей не могутъ быть одинаковы, онѣ должны сообразоваться со средствами и силами участниковъ, поэтому устанавливается максимальная доля участія и минимальная, въ этихъ границахъ размѣры вкладовъ могутъ быть различны.

Слѣдствіемъ всего этого является то положеніе, что подобныя товарищества не могли быть учреждаемы въ формѣ чисто капиталлистическихъ, и необходимый элементъ ихъ составляетъ личная отвѣтственность участниковъ.

Въ первые періоды существованія производительныхъ коопeрацій полагали, что это возможно только въ видѣ установленія солидарной отвѣтственности всѣхъ товарищей за долги союза. Такая мѣра однако является черезчуръ тягостной и въ случаѣ конкурса надъ товариществомъ влечетъ за собой слишкомъ много бѣдствій и нужды. Поэтому пробовали учреждать товарищества съ ограниченной отвѣтственностью; болѣе мягкой формой является также та, при которой не существуетъ вовсе отвѣтственности, основанной на

обязательствѣ, а только устанавливается правило, что въ случаѣ несостоятельности, учрежденія конкурса, товарищи должны вносить деньги до тѣхъ поръ, пока не покрыты претензіи кредиторовъ, такія товарищества существуютъ и носятъ названіе товариществъ съ неограниченной обязанностью дополнительныхъ взносовъ (mit unbeschränkter Nachschusspflicht).

§ 40.

Особенно своеобразными чертами отличается *морское право*; главная особенность его заключается въ томъ, что въ морскомъ торговомъ оборотѣ по возможности устраняется личная отвѣтственность, и судохозяинъ отвѣчаетъ только корабельнымъ имуществомъ. Такимъ образомъ возникаетъ цѣнностное право, аналогичное залоговому. Эта ограниченная отвѣтственность проявляется въ особенности при главной сдѣлкѣ морской торговли,—наймѣ кораблей и судовъ подъ грузъ, но она выступаетъ также и въ другихъ случаяхъ, напр., при такъ называемой *бодмереѣ*, т. е. денежномъ займѣ подъ закладъ корабля или груза. Происхожденіе этой ограниченной отвѣтственности имѣетъ свою длинную исторію.

Съ давнихъ поръ установилось то, выработанное опытомъ, положеніе, что, хотя морской заемъ приноситъ большія выгоды, онъ влечетъ за собой и не малый рискъ, и эта особенность получила свое положеніе въ правилѣ, гласящемъ, что, если корабль пошелъ ко дну, то долгъ по займу уничтожается, и уплата его необязательна. Въ современномъ правѣ это правило получило свое примѣненіе въ той формѣ, что при морскомъ займѣ судохозяинъ отвѣчаетъ только своимъ морскимъ имуществомъ т. е. кораблемъ.

Въ дальнѣйшемъ представляетъ интересъ развитіе этого положенія по отношенію къ личности корабельщика (шкипера): прежде каждый корабль имѣлъ своего торговаго управителя и техника служащаго, на обязанности котораго лежалъ надзоръ за плаваніемъ корабля. Позднѣе обѣ эти обязанности слились воедино въ лицѣ корабельщика, и послѣднему раз-

рѣшалось также въ случаѣ крайней необходимости совершать займы, напр., для необходимыхъ починокъ корабля. Это и есть бодмерейный заемъ современнаго права.

Интересныя правообразованія развились также въ связи съ опасностями и несчастіями морского плаванія: нерѣдко опасности возможно избѣжать лишь путемъ принесенія въ жертву извѣстнаго количества груза, напр., выбрасыванія его въ воду для облегченія корабля. Здѣсь развилось то, вызванное соображеніями справедливости, положеніе, что въ такихъ случаяхъ вся тяжесть этой вынужденной необходимостью жертвы не должна обрушиваться на одно лицо, и что всѣ участвующіе въ кораблѣ или грузѣ должны раздѣлить между собой по соразмѣрности эту тяжесть; это такъ называемая *большая аварія*, а расчисленіе долей платежа, причитающагося съ каждаго, называется *диспаша*.

Съ другой стороны, именно въ морскомъ правѣ получилъ развитіе договоръ страхованія, развитіе особенно подробное, опирающееся на богатый опытъ. Какъ во многихъ другихъ отношеніяхъ, такъ и въ данномъ случаѣ морское право явилось предшественникомъ и проводникомъ для обще-гражданскаго.

§ 41.

Чрезвычайно важнымъ орудіемъ оборота является *вексель*. Функція его заключается въ томъ, чтобы преодолѣть въ обязательственномъ правѣ значеніе времени и пространства. Вексель играетъ въ имущественномъ оборотѣ ту-же роль, какъ электричество или другія движущія силы въ жизни природы. Вексель ведетъ свое происхожденіе отъ перевода денегъ и называется также *тратта*,—перевести, значитъ увѣдомить данное лицо, такъ называемаго *трассата*, что онъ долженъ уплатить извѣстную сумму третьему лицу, такъ называемому *ремиттенту*; лицо, совершающее переводъ, называется *трассантомъ*. Разумѣется, отъ усмотрѣнія лица, получившаго увѣдомленіе, зависитъ принять его или не принять; Онъ принимаетъ его путемъ акцепта, который надписываетъ на пе-

реводномъ документѣ (векселѣ). Благодаря этому акцепту, онъ вступаетъ въ формальныя обязательственныя отношенія съ ремиттентомъ. Если онъ производитъ уплату, то этотъ фактъ замѣняетъ собой двойное дѣйствіе,—эта уплата равносильна тому, какъ если бы онъ выплатилъ данную сумму трассанту, а ужъ этотъ послѣдній передалъ ту же сумму ремиттенту. Такимъ образомъ, двѣ уплаты производятся сразу, и пересылка денегъ становится излишней. Если, напр., трассатъ и ремиттентъ живутъ въ Вѣнѣ, а трассантъ въ Берлинѣ, то благодаря этимъ переводамъ замѣняется пересылка денегъ изъ Вѣны въ Берлинъ и затѣмъ обратно изъ Берлина въ Вѣну. Этотъ способъ даетъ возможность производить платежи на разстояніи. Кто, напр., проживая въ Берлинѣ, хочетъ произвести платежъ какому нибудь лицу въ Парижѣ, тотъ можетъ пріобрѣсти вексель на Парижъ и переслать его своему кредитору, который и представитъ его въ качествѣ акцептанта трассату. Такіе платежи при посредствѣ векселей являются не единичными случаями: банкиры пріобрѣтаютъ векселя на различные дѣловые пункты, и тотъ, кто имѣетъ произвести платежъ въ одномъ изъ этихъ пунктовъ, можетъ достать у банкира это удобное средство платежа. Банки собираютъ эти векселя и они же ихъ раздаютъ, потому что подобно тому какъ для берлинца, желающаго произвести платежъ въ Парижѣ, представляетъ интересъ пріобрѣсти вексель на Парижъ, для берлинца, обладающаго векселемъ, по которому онъ долженъ получить деньги въ Парижѣ, также представляется интересъ сбыть этотъ вексель въ Берлинѣ и получить по нему здѣсь платежъ, избѣжавъ такимъ путемъ необходимости въ пересылкѣ денегъ изъ Парижа въ Берлинъ. Такимъ образомъ достигается слѣдующее: если, напр., изъ Парижа долженъ быть уплаченъ милліонъ въ Берлинѣ, а изъ Берлина милліонъ въ Парижъ, то оба эти платежа могутъ быть сквитованы при посредствѣ векселя безъ всякой пересылки денегъ. Случается, что изъ одной мѣстности приходится произвести больше платежей въ другую, чѣмъ обратно, такъ что спросъ на векселя превышаетъ предложеніе, тогда такъ называемый вексель-

ный курсъ поднимается, и векселя оплачиваются свыше ихъ стоимости; возможенъ и обратный случай; но эти колебанія вексельнаго курса имѣютъ свои границы, потому что, если разница между стоимостью векселя и его курсомъ слишкомъ велика, то, естественно, выгоднѣе окажется платить наличными деньгами.

Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ выставляется безусловное требованіе, чтобы переводный вексель былъ непремѣнно векселемъ на разстояніи (Distanzwechsel), т. е. чтобы мѣсто, гдѣ имѣетъ быть произведенъ платежъ, не совпадало съ мѣстомъ выдачи векселя. Германскому праву извѣстны также мѣстные векселя (Platzwechsel), которые хотя и менѣе употребительны, но все же отвѣчаютъ торговымъ потребностямъ, такъ, напр., въ большихъ городахъ съ богато заселенными промышленными предмѣстьями.

Въ случаѣ сомнѣнія, мѣстомъ производства платежа считается указанное въ векселѣ мѣсто жительства трассата; если въ дѣйствительности дѣло обстоитъ не такъ, и мѣстожительство трассата не совпадаетъ съ мѣстомъ производства платежа, то такіе векселя называются *домицилированными*.

Весьма важно то обстоятельство, что вексель можетъ быть передаваемъ, это такъ называемый *индоссаментъ;* совершается путемъ надписи на оборотѣ векселя, передача векселя особенно облегчается тѣмъ, что индоссаментъ можетъ производиться blanko, т. е. безъ обозначенія лица, къ которому переходитъ вексель, въ этомъ случаѣ вексель можетъ переходить изъ рукъ въ руки подобно бумагѣ на предъявителя; послѣдній держатель векселя можетъ прекратить это, заполнивъ свободное мѣсто (бланкэтъ).

Индоссированіе имѣетъ слѣдующее значеніе:—здѣсь не переносится право индоссанта на индоссата, и повторяется то же самое, что въ бумагахъ на предъявителя; должникъ по векселю изъявилъ согласіе быть должникомъ послѣдняго держателя векселя, послѣдняго индоссатора, но вмѣстѣ съ тѣмъ индоссаторъ становится съ пріобрѣтеніемъ векселя самостоятельнымъ кредиторомъ, и нельзя противопоставлять ему какія либо возраженія, имѣющія силу по отношенію къ личности его предшественника.

Тотъ, къ кому вексель перешелъ по индоссаменту, пользуется всѣми правами, хотя бы даже оказалось, что предъидущіе индоссаменты подложны или совершены лицами неправоспособными, конечно, при томъ предположеніи, что послѣдній индоссаторъ является добросовѣстнымъ держателемъ векселя, потому въ случаѣ недобросовѣстности онъ становится самъ отвѣтственнымъ и теряетъ свое право.

Институтъ индоссамента присущъ не одному только векселю, отличительной чертой векселя является слѣдующее своеобразное обстоятельство: векседатель отвѣчаетъ за погашеніе векселя, но наряду съ нимъ отвѣтственность несетъ также каждый индоссантъ; такимъ образомъ индоссаментъ является родомъ поручительства,—каждый индоссантъ вмѣстѣ съ тѣмъ поручитель. Благодаря этому вексель значительно выигрываетъ въ отношеніи обезпеченности, чѣмъ больше на немъ передаточныхъ надписей, тѣмъ больше поручителей, и здѣсь надо замѣтить, что каждый поручитель является отвѣтственнымъ не только предъ непосредственно за нимъ слѣдующимъ, но предъ всѣми индоссаторами.

Индоссаторъ по своему усмотрѣнію можетъ требовать удовлетворенія по векселю отъ каждаго изъ поручителей, отъ ближайшаго какъ и отъ дальнѣйшаго, ему предоставленъ такъ называемый произвольный въ отношеніи надписателей регрессъ. Благодаря этому вексель опять таки значительно выигрываетъ въ отношеніи обезпеченности. Многія банковыя учрежденія, напр., Германскій Государственный Банкъ пріобрѣтаютъ только такіе векселя, на которыхъ имѣется 3 или minimum 2 подписи. Надо замѣтить, что необходимымъ условіемъ обращенія за удовлетвореніемъ по векселю къ индоссанту является отказъ въ удовлетвореніи со стороны трассата, тогда только допускается регрессъ. Эта попытка взыскать по векселю съ трассата должна быть подтверждена оффиціальнымъ документомъ, такъ называемымъ протестомъ; протестовать—значитъ объявить о своемъ желаніи сохранить за собой права по отношенію къ индоссантамъ, несмотря на обращеніе за уплатой къ трассату. Выше было показано, какимъ образомъ, благодаря век-

селю, преодолѣвается разстояніе, но и время благодаря ему получаетъ меньшее значеніе: я могу осуществить въ данное время платежъ, причитающійся мнѣ лишь черезъ нѣсколько мѣсяцевъ, продавъ вексель, выданный мнѣ на должную мнѣ сумму. Разумѣется, банкиръ, пріобрѣтая отъ меня этотъ вексель, уплачиваетъ мнѣ причитающуюся мнѣ по векселю сумму не полностью, а за вычетомъ процентовъ за промежуточное время или такъ называемаго дисконта. Эта сдѣлка носитъ названіе дисконтной (учета) и является одной изъ главнѣйшихъ банковыхъ операцій.

До сихъ поръ рѣчь шла о переводномъ векселѣ, такъ называемой траттѣ; но существуетъ еще вексель *простой*, дѣйствіе котораго не сводится къ переводу денежныхъ суммъ, а который заключаетъ въ себѣ только обѣщаніе уплаты векселепринимателю со стороны векселенадписателя. Этотъ вексель не играетъ въ оборотѣ особенно важной роли, имъ часто пользуются для ростовщическихъ цѣлей или для замаскированія различныхъ недобросовѣстныхъ сдѣлокъ. Мы затронули въ данномъ случаѣ темную сторону института векселя, а заключается она въ слѣдующемъ. Такъ какъ при абстрактномъ вексельномъ оборотѣ основаніе или причина (causa) долга не принимается въ соображеніе,—болѣе того, такъ какъ добросовѣстный пріобрѣтатель векселя, слѣдовательно, главнымъ образомъ добросовѣстный индоссаторъ пріобрѣтаетъ право требованія, безотносительно къ возраженіямъ, которыя можно было бы противопоставить предшественнику, то создается возможность этимъ путемъ пускать въ обращеніе вознагражденіе за контрабанду, сводничество, разбой, измѣну и пр.: деньги *должны* быть уплочены, и правопорядокъ остается въ данномъ отношеніи безсильнымъ.

Другой важной торговой бумагой является *банковый билетъ*. Эта бумага на предъявителя и слѣдовательно относится къ вышеописанной категоріи долговыхъ обязательствъ на предъявителя. Существеннымъ является то обстоятельство, что банковый билетъ не оплачивается процентами и по предъявленіи подлежитъ немедленной оплатѣ, такъ что можетъ замѣнить собой деньги; такъ оно и есть въ дѣйстви-

тельности—банковый билетъ занимаетъ мѣсто денегъ, хотя въ сущности онъ не-деньги, ибо не представляетъ собой какой либо цѣнности, а только требованіе, обязательство, которое, конечно въ обращеніи соотвѣтствуетъ по цѣнности деньгамъ, если банкъ, выдавшій его, отличается солидностью. Въ Германіи не существуетъ какого либо общаго принципа въ отношеніи регулированія выпуска банковыхъ билетовъ. Было бы желательно, чтобы право выпуска банковыхъ билетовъ предославлено было только одному государственному банку, такъ чтобы имѣлся только одинъ видъ этого равноцѣннаго деньгамъ орудія обращенія. Но право выпуска банковыхъ билетовъ было на извѣстныхъ условіяхъ предоставлено также другимъ банкамъ (такъ называемый Noten-или Zettel-Banken), такъ что въ Германіи циркулируютъ банковые билеты всевозможнаго рода, хотя эти билеты не пріобрѣли въ Германіи повсемѣстнаго права гражданства.

F. Имущественныя права супруговъ и наслѣдственное право.

§ 42.

Индогерманская семья была патріархальна и покоилась на понятіи единства семьи, получающаго свое выраженіе въ общности (единствѣ) имущества: индивидуальнаго имущества не существовало, а было только имущество семейное,—личность претворялась въ семьѣ. Управленіе имуществомъ находилось въ рукахъ главы семьи,—отца, старшаго брата или какого нибудь другого агната, такъ какъ семья часто состояла изъ большого ряда лицъ, связанныхъ общностью родства.

Этотъ типъ индогерманской семьи былъ совершенно видоизмѣненъ въ римскомъ правѣ и выродился въ деспотизмъ отца семейства. Отецъ семейства не является уже просто управляющимъ общимъ имуществомъ, а неограниченнымъ самовластнымъ господиномъ и единымъ собственникомъ всего семейнаго имущества и всего, что пріобрѣтается членами

семьи: римскому праву мало свойственны были товарищескія отношенія, оно склонно было выдвигать на первый планъ *одну* отдѣльную личность какъ средоточіе всѣхъ отношеній. Извѣстныя гарантіи, обезпечивающія положеніе остальныхъ членовъ семьи, созданы были только обычаемъ и подъ вліяніемъ могущественнаго воздѣйствія общественнаго мнѣнія.

Эта система римскаго права продолжала господствовать и въ эпоху великихъ юристовъ отъ царствованія Августа до царствованія Александра Севера. Все, что пріобрѣталъ сынъ, принадлежало отцу; даже если сынъ женился, и его жена приносила ему приданое, то и это послѣднее переходило въ имущество отца. Только, такъ сказать, солдатское право пробило брешь въ этомъ порядкѣ,—пріобрѣтенное солдатомъ имущество предоставлялось всецѣло въ его распоряженіе, если даже онъ былъ filius familiae.

Эти отношенія исчезли въ эпоху христіанскихъ государей подъ вліяніемъ проникновенія въ право греческихъ и восточныхъ идей. Сначала за дѣтьми обезпечивалось путемъ Verfangenschaft право на имущество, дошедшее къ нимъ съ материнской стороны (но не на имущество, пріобрѣтенное ихъ личнымъ трудомъ), а впослѣдствіи дѣтямъ стало принадлежать на это имущество право собственности, и права отца были низведены до степени права пользованія. Эта тенденція къ имущественной эмансипаціи дѣтей продолжала развиваться и въ эпоху Юстиніана; благопріобрѣтенное дѣтьми имущество принадлежало имъ на вышеупомянутыхъ основаніяхъ,—право собственности отца исчезло, и дѣти получили возможность пріобрѣтать имущество, по отношенію къ которому причастность отца выражалась только въ пользованіи плодами и управленіи.

Отношенія между мужемъ и женой покоились первоначально на тѣхъ же основаніяхъ: жена становилась дочерью семьи, и ея имущество переходило къ мужу. Этотъ порядокъ измѣняется съ теченіемъ времени, когда послѣдствіемъ мощнаго женскаго движенія въ Римѣ явилась ихъ самостоятельность, и женщины добились такъ называемаго свободнаго брака. Жена удерживала за собой свое имущество, и насту-

пила раздѣльность супружескаго имущества, но такъ какъ мужъ желалъ получить подспорье, которое облегчило бы ему несеніе брачныхъ тяготъ, то дѣло было урегулировано такимъ образомъ, что жена приносила ему приданое (dos). Слѣдовало бы въ данномъ случаѣ установить такой порядокъ, чтобы мужу принадлежало по отношенію къ этому dos право пользованія, а капиталъ продолжалъ бы быть собственностью жены, и только доходы приходились на долю мужа, въ качествѣ эквивалента брачныхъ тяготъ. Но такое положеніе находилось бы въ противорѣчіи съ характерными чертами римскаго духа; мужъ не хотѣлъ и слышать объ одномъ управленіи, онъ сталъ собственникомъ приданаго и только обязанъ былъ своевременно возвратить женѣ принесенный ею капиталъ.

Таковъ былъ порядокъ имущественныхъ правъ супруговъ по римскому законодательству, и въ такомъ видѣ эти отношенія и сохранились въ дальнѣйшемъ.

§ 43.

Германское право сохранило въ большей мѣрѣ нежели римское основныя черты индогерманскаго развитія права. Имущество семьи оставалось имуществомъ дома въ старѣйшемъ смыслѣ, и отцу семейства предоставлено было только ограниченное право распоряженія,—онъ распоряжался, завѣдывалъ имуществомъ не отъ своего имени, а отъ имени цѣлаго дома, всей семьи. Эти отношенія при дальнѣйшей индивидуализаціи вылились въ форму, аналогичную той, которая создана была римскимъ правомъ въ эпоху христіанскихъ государей: въ началѣ дѣтямъ принадлежало Verfangenschaftsrecht, позднѣе они стали собственниками имущества, пріобрѣтеннаго ими со стороны, а главѣ семьи предоставлено было только право пользованія, такъ что имущественное единство стало чисто внѣшнимъ. Однако здѣсь взаимоотношенія были чрезвычайно разнообразны, и еще бо̀льшимъ разнообразіемъ отличались отношенія между супругами. Воззрѣніе на супруже-

ское имущество, какъ на единое, завѣдываніе коимъ предоставлено мужу, который въ опредѣленныхъ случаяхъ нуждается въ согласіи жены, представляетъ собой коренное германское воззрѣніе. Отсюда развилось множество самыхъ разнообразныхъ имущественныхъ отношеній: полная общность имущества, общность движимаго имущества, общность вновь пріобрѣтаемаго, die Verfangenschaftsrechte и т. д. Нерѣдко принималось въ разсчетъ соображеніе, что дѣйствіе и значеніе брака получаетъ, такъ сказать, полное развитіе лишь по истеченіи извѣстнаго промежутка времени, напр., по истеченіи года или послѣ рожденія ребенка. Самобытныя черты замѣчаются въ данномъ случаѣ въ исторіи развитія саксонскаго права, которое придавало общности имущества супруговъ чисто внѣшній характеръ, въ сущности проводило принципъ раздѣльности имущества и предоставляло мужу только право пользованія въ широкихъ размѣрахъ (соединенное съ правомъ распоряженія).

Новѣйшее право отдаетъ предпочтеніе частью принципу общности имущества (особенно во Франціи, гдѣ существуетъ общность движимаго имущества и вновь пріобрѣтаемаго), частью саксонской системы (прусское Landrecht). Новое германское гражданское уложеніе примкнуло къ саксонской системѣ, однако предоставляетъ возможность не только производить какія угодно измѣненія въ этомъ отношеніи въ брачныхъ договорахъ, но и облекаетъ полную общность имуществъ, общность движимости и вновь пріобрѣтаемаго въ такую форму, что ничего не можетъ быть легче, какъ установить эти послѣднія имущественныя отношенія вмѣсто принятой законами системы.

Система имущественныхъ отношеній супруговъ, установленная законами, предоставляетъ мужу право пользованія имуществомъ *привнесеннымъ* женой, соединенное съ правомъ распоряженія. Привнесеннымъ имуществомъ считается все принадлежащее женѣ и пріобрѣтаемое ею, за исключеніемъ того, что объявлено по закону или согласно договору Vorbehaltungsgut удержаннымъ за собой имуществомъ. Законнымъ Vorbehaltungsgut считаются заработанныя деньги, гардеробъ жены,

т. е. всѣ вещи, предназначенныя для личнаго ея употребленія, и все, что въ данномъ отношеніи замѣняетъ пришедшія въ негодность вещи. Право пользованія, предоставленное мужу, было прежде очень обширныхъ размѣровъ и содержало въ себѣ прежде безусловное право отчужденія движимости. Гражданское уложеніе съузило въ значительной степени рамки этихъ правомочій, такъ что въ отношеніи распоряженія имуществомъ мужъ въ обычномъ порядкѣ нуждается въ согласіи жены, однако въ исключительныхъ случаяхъ ея согласіе можетъ быть замѣнено разрѣшеніемъ опекунскаго суда. Существенно то обстоятельство, что мужъ управляетъ привнесеннымъ имуществомъ отъ *своего имени* и обязываетъ только себя, а не жену. По отношенію къ вѣрителямъ жены онъ выступаетъ самостоятельно, и жена не можетъ заключать безъ его согласія такихъ долговъ, взысканіе по которымъ можетъ быть направлено на привнесенное имущество. Дѣло обстоитъ иначе, если жена несетъ отвѣтственность, проистекающую изъ недозволенныхъ дѣяній, въ этомъ случаѣ привнесенное имущество не можетъ быть изъято отъ взысканій, иначе потерпѣвшій оказался бы въ безпомощномъ положеніи, такъ какъ Vorbehaltsgut обыкновенно играетъ совершенно побочную роль.

Отношенія могутъ стать невыносимыми, если мужъ неумѣло хозяйничаетъ и распоряжается или-же попадаетъ въ такое положеніе, при которомъ не можетъ управлять собственнымъ своимъ имуществомъ. Въ первомъ случаѣ жена можетъ желать обезпеченія и въ обоихъ случаяхъ требовать прекращенія прежнихъ имущественныхъ отношеній и раздѣльности имуществъ; этого, однако, возможно достигнуть только путемъ судебнаго приговора.

Въ противоположность этому принципъ общности имуществъ имѣетъ свои крупныя преимущества,—она должна являть собой отраженіе супружеской гармоніи, и, соразмѣрно предоставленной мужу власти, увеличивается также его отвѣтственность, потому что съ одной стороны ему предоставлена довольно широкая свобода распоряженія общимъ имуществомъ, но съ другой стороны общее имущество отвѣчаетъ за всѣ

его долги, а онъ отвѣчаетъ за всѣ долги по общему имуществу. Выгодныя стороны общности имуществъ заключаются особенно въ томъ, что и пріобрѣтаемое становится общимъ, и если жена не ведетъ никакихъ предпріятій, и дѣятельность ея проявляется только въ домашней жизни, она тѣмъ не менѣе становится участницей въ пріобрѣтаемомъ мужемъ имуществѣ; такой порядокъ совершенно справедливъ, потому что домашнее вліяніе, хлопоты и заботы о мужѣ являются весьма существеннымъ факторомъ въ дѣлѣ заработка и пріобрѣтенія. Это преимущество особенно рельефно выступаетъ при одномъ видѣ общности имуществъ,—при общности вновь пріобрѣтаемаго (зарабатываемаго) и, пожалуй, представлялось бы болѣе цѣлесообразнымъ поставить право пользованія и распоряженія, принадлежащее мужу, въ зависимость отъ установленія общности зарабатываемаго.

При современной германской системѣ жена поставлена въ очень невыгодныя условія благодаря тому обстоятельству, что она не имѣетъ никакихъ правъ на заработокъ мужа и если она желаетъ зарабатывать деньги, то вынуждена заняться какимъ нибудь самостоятельнымъ дѣломъ, такъ какъ всякое содѣйствіе занятіямъ мужа въ имущественномъ отношеніи не принесетъ ей никакихъ выгодъ.

При системѣ общности имущества супруговъ за женой, въ случаѣ необходимости, обезпечивается право требовать расторженія этой общности, но обстоятельства могутъ принять такой оборотъ, что и мужъ окажется поставленнымъ въ положеніе, вынуждающее его желать расторженія имущественной общности, такъ какъ долги его жены слишкомъ отягощаютъ его.

Своеобразной системой всецѣло германски-правового происхожденія, является общность имущества, продолжающаяся послѣ смерти одного изъ супруговъ: между оставшимся въ живыхъ супругомъ и дѣтьми устанавливаются отношенія товарищества, подобныя существовавшимъ ранѣе между нимъ-же и покойнымъ. Этотъ видъ имущественной общности играетъ весьма важную роль въ дѣлѣ упроченія семьи и ближайшей его цѣлью является охраненіе семьи отъ возможности распа-

денія вслѣдствіе смерти одного изъ родителей. Но съ другой стороны этотъ порядокъ можетъ повлечь за собою угнетеніе положенія дѣтей, а потому законы неоднократно предоставляли дѣтямъ право требовать выдѣла, если они эмансипируются, добьются самостоятельности. Германское гражданское уложеніе къ сожалѣнію не содержитъ въ этомъ отношеніи постановленій, вполнѣ отвѣчающихъ вышеуказанному порядку,—продолжающаяся имущественная общность прекращается только въ случаѣ согласія на это родителя, впрочемъ, въ случаѣ вступленія оставшагося въ живыхъ родителя въ новый бракъ, имущественная общность можетъ быть уничтожена независимо отъ его согласія; кромѣ того, общность эта прекращается въ случаѣ грубаго нарушенія родителемъ своихъ обязанностей по отношенію къ дѣтямъ.

Другія современныя законодательства идутъ дальше въ дѣлѣ индивидуализаціи и устанавливаютъ систему имущественныхъ отношеній супруговъ, основанную на принципѣ раздѣльности имуществъ; господству этого послѣдняго принципа въ немалой степени споспѣшествуетъ женское движеніе. Согласно этой системѣ каждый супругъ имѣетъ свое отдѣльное имущество, и жена обязана участвовать по соразмѣрности въ дѣлѣ несенія расходовъ совмѣстной жизни. Если между супругами царитъ согласіе, и устанавливаются дружескія отношенія, то система раздѣльности имуществъ нерѣдко переходитъ въ одну изъ посредствующихъ формъ: жена уступаетъ мужу управленіе извѣстной частью своего имущества, не требуя отъ него отчета, и часто супруги сочтутъ наиболѣе подходящимъ и удобнымъ въ той или другой степени слить воедино свои доходы и заработки. Можно предположить, что въ будущемъ принципъ раздѣльности имуществъ будетъ проведенъ въ законодательномъ порядкѣ повсемѣстно, но вмѣстѣ съ тѣмъ законъ будетъ покровительственно относиться къ установленію по усмотрѣнію супруговъ извѣстныхъ товарищескихъ распорядительныхъ формъ, и такимъ образомъ цѣль, преслѣдуемая нынѣ властью закона, будетъ достигаться путемъ свободнаго соглашенія.

Имущественныя отношенія дѣтей получили свое развитіе

въ духѣ германскаго правосознанія и, въ общемъ, соотвѣтствуютъ римскому порядку христіанской эпохи.

Имущество дѣтей, пріобрѣтенное ими, такъ сказать, извнѣ, становится ихъ собственностью, но отцу предоставлено по отношенію къ этому имуществу право пользованія въ широкомъ объемѣ; это право пользованія стало принадлежать обоимъ родителямъ,—правда, въ обычномъ порядкѣ, при нормальныхъ условіяхъ это право принадлежитъ отцу, но послѣ его смерти и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ оно принадлежитъ также и матери. Это право пользованія германскаго происхожденія, того же происхожденія положеніе, согласно которому заработки дѣтей составляетъ ихъ *свободное имущество*, на которое не распространяется право пользованія отца.

Если ребенокъ не имѣлъ ни отца, ни матери, то первоначально обязанность заботиться о немъ лежала на семействѣ, а затѣмъ на королѣ. Съ этими заботами сопряжено было, въ большей или меньшей степени, право на имущество ребенка, такъ какъ тщательное разграниченіе и детальные подсчеты не были присущи той эпохѣ. Только послѣдующее развитіе превратило *опекуна* въ управителя, завѣдывающаго имуществомъ въ качествѣ служащаго, отъ имени опекаемаго ребенка, и обязаннаго строгой отчетностью. Благодаря этому, опека совершенно отдѣлилась отъ понятія отеческой власти и превратилась въ самостоятельный, обособленный институтъ. Во всякомъ случаѣ между опекой и семьей осталась еще связь, проявлявшаяся разнообразно: частью въ томъ, что отецъ могъ самъ назначить опекуна, частью въ томъ, что лица, состоявшія въ опредѣленныхъ степеняхъ родства, избирались въ опекуны преимущественно предъ другими. Однако и въ этомъ отношеніи съ теченіемъ времени послѣдовали измѣненія; правда, указанный выше порядокъ не уничтоженъ совершенно, но и не является безусловно необходимымъ, ибо опекуновъ назначаетъ теперь сиротскій судъ, но, съ другой стороны, онъ не долженъ отстранять членовъ семьи отъ опеки безъ достаточныхъ основаній.

Такимъ образомъ, благодаря институту опеки, создалась глубокая трещина, расколъ въ имущественныхъ отношеніяхъ

семьи, и отнынѣ имущественныя отношенія, обусловленныя, съ одной стороны, отеческой властью и бракомъ, а съ другой стороны опекой, являются эволюціонными формами двухъ совершенно различныхъ идей, проявленіями двухъ совершенно различныхъ конструкцій. Иное дѣло, когда кто либо обладаетъ извѣстнымъ правомъ на чужое имущество и распоряжается, и управляетъ онымъ на основаніи этого права; иное дѣло, если онъ не имѣетъ никакихъ самостоятельныхъ правъ и назначается только представителемъ другого лица, ведетъ дѣла и управляетъ имуществомъ отъ имени этого посторонняго лица.

Но этотъ расколъ былъ неизбѣженъ, разъ семья утратила свой первоначальный характеръ единства и власти, когда индивидуальности рѣзко выступили, и семейныя отношенія были ограничены узкой сферой, состоящей изъ мужа, жены и дѣтей. Въ этой сферѣ прежнія правовыя идеи еще сохраняютъ свою силу, но и здѣсь во многихъ отношеніяхъ эволюціонный ходъ развитія поднимается выше уровня старыхъ понятій. Остается только пожелать, чтобы эта эволюція не привела къ полному уничтоженію идеи товарищества, и чтобы освобожденіе индивидуума не повлекло за собой разрушенія семьи. Это бѣдствіе, однако, можетъ быть предупреждено путемъ этическаго развитія и свободнаго соглашенія, но не путемъ законнаго принужденія.

§ 44.

Первоначально смерть индивидуума влекла за собой возвратъ его имущества во всеобщее владѣніе. Позднѣе это имущество удерживалось въ болѣе тѣсныхъ кругахъ: оно остается индивидуальнымъ и переходитъ къ тѣмъ лицамъ, которыя находились въ ближайшей соціальной связи съ наслѣдодателемъ. Переходъ имущества отъ умершаго его собственника (который часто разсматривается въ теченіе извѣстнаго времени какъ продолжающій жить) къ другому лицу (индивидууму вмѣсто всего общества) называется *наслѣдственнымъ правомъ*.

Наслѣдственное право можно толковать съ различныхъ точекъ зрѣнія: можно предполагать, что переходитъ въ извѣстной степени личность, душа умершаго, можно предполагать, что объектомъ наслѣдованія является имущество. Первое изъ приведенныхъ воззрѣній (изъ него исходитъ римское право) влечетъ за собой полную отвѣтственность наслѣдника за долги наслѣдодателя, и значеніе этой обязанности усиливается отъ предположенія, что умершій обрѣтаетъ покой въ загробной жизни лишь послѣ уплаты всѣхъ его долговъ; отвѣтственность наслѣдника усугубляется тѣмъ обстоятельствомъ, что кредиторы могли воспрепятствовать погребенію умершаго до тѣхъ поръ, пока не будутъ уплочены его долги,—это правовое положеніе въ прежнія времена сильно отягощало потомство умершаго и только постепенно и съ трудомъ оно было уничтожено.

Германское право придерживалось въ этомъ отношеніи болѣе мягкихъ воззрѣній,—оно предполагало, что при наслѣдованіи переходитъ не личность умершаго, а только его имущество, и долги являлись лишь отягощеніемъ этого имущества. Право кредиторовъ препятствовать погребенію одно время также существовало въ германскомъ правѣ, но оно было быстро уничтожено.

Итакъ, по германскому праву, наслѣдникъ отвѣчалъ только въ размѣрѣ оставленнаго ему имущества,—ибо отвѣтственность его возникала только вслѣдствіе обремененности этого имущества долгами. Такой порядокъ привелъ къ слѣдующему важному различію.

По римскому праву обыкновенно усмотрѣнію наслѣдника предоставлялось принятіе или непринятіе наслѣдства,—онъ долженъ былъ ознакомиться съ положеніемъ наслѣдства, съ лежащими на немъ долгами и принять то или другое рѣшеніе. Германское право установило то положеніе, что наслѣдникъ становится таковымъ независимо отъ своего усмотрѣнія, самъ собой, такъ какъ онъ могъ быть совершенно спокоенъ, что отвѣтственность его не можетъ превышать размѣровъ унаслѣдованнаго имущества. Однако, впослѣдствіи и германское право предоставляло наслѣднику возможность

отказаться отъ наслѣдства уже по той одной причинѣ, что, быть можетъ, онъ пожелаетъ предоставить это имущество какому либо болѣе далекому наслѣднику. Слѣдствіемъ такого порядка является удивительная система, согласно которой, хотя наслѣдникъ и становится таковымъ независимо отъ его согласія, онъ все же можетъ отказаться отъ наслѣдства и въ такомъ случаѣ разсматривается какъ не-наслѣдникъ.

Германское гражданское уложеніе приняло въ основѣ германскую систему, однако съ значительными измѣненіями въ духѣ римской системы. Наслѣднику всегда предоставляется льгота, ограничивающая его отвѣтственность размѣрами унаслѣдованнаго имущества, но такая льгота поставлена въ зависимость отъ соблюденія извѣстныхъ условій.

Одно изъ этихъ условій заключается въ точномъ приведеніи въ извѣстность состоянія наслѣдства, выводѣ балланса; однако такой подсчетъ (инвентарь) не является закономъ установленной обязанностью наслѣдника, а предоставляется ему по его просьбѣ, и въ этомъ случаѣ назначается опредѣленный *инвентарный срокъ*. Второе условіе заключается въ передачѣ наслѣдства наслѣдственной администраціи (Nachlassverwaltung), ибо онъ отвѣчаетъ не въ размѣрѣ оставленнаго имущества, а именно самимъ этимъ имуществомъ, откуда само собой слѣдуетъ, что это имущество должно быть обращено въ опредѣленномъ порядкѣ на покрытіе претензій кредиторовъ.

Возможенъ еще одинъ способъ,—это *вызовъ кредиторовъ*. По просьбѣ наслѣдника судъ можетъ вызвать кредиторовъ наслѣдства и назначить имъ опредѣленный срокъ явки; если они не явятся, то не могутъ взыскивать съ самаго наслѣдника, а могутъ только обратить свои взысканія на оставшуюся часть наслѣдственнаго имущества. Такой порядокъ предоставляетъ наслѣднику, составившему инвентарь, возможность опредѣлить пассивъ наслѣдства; затѣмъ, въ томъ случаѣ, если таковой окажется неблагопріятнымъ, наслѣдникъ можетъ учредить администрацію надъ наслѣдствомъ, которая, въ случаѣ необходимости, приводитъ къ наслѣдственному конкурсу. Эта система нѣсколько запутана, но отличается тонкостью и обдуманностью.

§ 45.

Порядокъ наслѣдованія бываетъ *законнымъ* или основаннымъ на волѣ наслѣдодателя. Послѣдній покоится на предоставляемомъ правопорядкомъ наслѣдодателю разрѣшеніи оказывать воздѣйствіе на судьбу своего имущества послѣ своей смерти. Это юридическое понятіе совершенно чуждо и незнакомо первобытной эпохѣ, но возникновеніе его естественно порождается ходомъ событій, ибо если наслѣдодателю предоставлено вытекающее изъ собственности право отчуждать и дарить свое имущество при жизни, то ему естественно должно быть позволено дарить свое имущество такимъ образомъ, чтобы переходъ его къ другому лицу наступилъ только послѣ его смерти; такъ возникаютъ даренія mortis causa, а эти послѣднія приводятъ къ договорамъ о наслѣдствѣ, причемъ лицо, одаренное этимъ путемъ, разсматривается какъ законный наслѣдникъ; договоры о наслѣдствѣ опять таки приводятъ къ одностороннему *завѣщанію*, причемъ наслѣдодатель удерживаетъ за собой право перемѣнить и уничтожить свои завѣщательныя распоряженія.

Особенно энергичная форма такого порядка наслѣдованія проявляется въ томъ случаѣ, когда наслѣдодатель сначала передастъ свое имущество одному какому нибудь довѣренному лицу и поручаетъ ему дѣйствовать сообразно дальнѣйшимъ предписаніямъ.

Институтъ завѣщанія часто получалъ столь мощное развитіе, что господствовалъ надъ всей правовой жизнью, какъ это было въ римскомъ правѣ, между тѣмъ какъ въ германскомъ правѣ завѣщаніе являлось институтомъ въ большей или меньшей мѣрѣ случайнымъ; наслѣдодатель обыкновенно предоставлялъ свое имущество въ распоряженіе закона, что подчасъ означало,—на волю судьбы—Deus facit heredem.

Предсмертныя распоряженія, выраженія послѣдней воли, могутъ имѣть въ виду только частичное назначеніе имущества, тогда остается обыкновенный порядокъ наслѣдованія, и наслѣдникъ обязанъ дѣйствовать лишь въ извѣстныхъ пунктахъ сообразно волѣ наслѣдодателя. Такое различіе прово-

дилось въ Римѣ между завѣщаніемъ и *кодицилломъ*, между тѣмъ какъ въ германскомъ правѣ это различіе совершенно стерлось, а также и въ Германскомъ гражданскомъ уложеніи. Это послѣднее знаетъ изъ односторонних выраженій послѣдней воли только завѣщаніе и не дѣлаетъ никакихъ различій между тѣмъ, удѣляетъ ли наслѣдодатель все свое имущество въ совокупности или же только въ части его.

§ 46.

Порядокъ законнаго наслѣдованія находится въ связи съ организаціей семьи. У индогерманскихъ народовъ этотъ порядокъ является патріархально агнатскимъ, сообразно съ агнатскимъ строемъ семьи, по которому критеріемъ родства является только рожденіе; въ остальномъ въ основу этого порядка положены частью близость степеней, частью колѣна и линіи (Parentelsystem).

Римское право внѣ наслѣдованія нисходящихъ покровительствовало наслѣдованію по степенямъ, а германское право— и наслѣдованію по линіямъ.

Линію составляетъ данное лицо съ его потомствомъ; такимъ образомъ наслѣдодатель со своими нисходящими образуетъ первую линію, его отецъ съ нисходящими—вторую, дѣдъ съ нисходящими—третью и т. д.

Вторая линія родственниковъ призывается къ наслѣдованію только въ томъ случаѣ, если нѣтъ налицо никого изъ первой линіи и т. д. При такомъ порядкѣ возможенъ случай, что какой нибудь наслѣдникъ, состоящій въ болѣе близкой степени родства, устраняется другимъ, состоящимъ въ болѣе далекой степени родства, потому что этотъ послѣдній принадлежитъ къ болѣе близкой линіи.

Агнатскій порядокъ наслѣдованія постепенно уступилъ мѣсто когнатскому, т. е. родство съ материнской стороны получило равное значеніе съ родствомъ съ отцовской стороны. Такъ, вначалѣ ребенокъ наслѣдовалъ только своему отцу, позднѣе онъ сталъ наслѣдовать также и послѣ матери,

и тотъ же порядокъ принимается къ сводным братьямъ и сестрамъ.

Современное право, въ большей или меньшей мѣрѣ, отдало преимущество системѣ линій, то-же самое замѣчается и въ германскомъ гражданскомъ уложеніи, при этомъ устанавливается слѣдующее положеніе: если въ одной линіи, напр., нисходящей, есть на лицо нѣсколько колѣнъ, напр., сынъ и внуки умершаго сына, то наше право стремится къ поколѣнному раздѣлу и къ уравненію правъ сына и внуковъ умершаго сына. Такъ же точно поступаютъ и въ томъ случаѣ, если на лицо имѣются все внуки, напр., два внука одного сына и двѣнадцать отъ другого: первые два получаютъ половину наслѣдства, а вторые двѣнадцать другую половину.

Эта система *поколѣннаго раздѣла* примѣняется и въ дальнѣйшихъ линіяхъ; однако, начиная съ четвертой линіи (прародители), этотъ принципъ исчезаетъ и замѣняется системой степеней и поголовнымъ раздѣломъ, такъ что всѣ родственники одной линіи, находящіеся въ одинаковыхъ степеняхъ родства, наслѣдуютъ поголовно въ равныхъ доляхъ. Основаніемъ такого порядка служитъ противодѣйствіе чрезмѣрному дробленію наслѣдственнаго имущества, каковое умаляетъ его экономическую цѣнность.

Порядокъ наслѣдованія супруговъ проявлялся въ разнообразныхъ формахъ: иногда супругу предоставлялась опредѣленная, указная часть, иногда супругъ приравнивался тому или другому наслѣднику; весьма распространена система, по которой оставшемуся въ живыхъ супругу предоставляется право пожизненнаго владѣнія имуществомъ умершаго, такое постановленіе часто встрѣчается въ нѣмецкихъ законодательствахъ. Германское гражданское уложеніе не приняло этой системы и назначаетъ супругу опредѣленную часть имущества, выраженную въ деньгахъ; такой порядокъ представляетъ собой то преимущество, что оставшійся въ живыхъ супругъ избавляется отъ постояннаго надзора и оспариванія отчетности со стороны родственниковъ, и такимъ образомъ устраняется возможность возникновенія споровъ и распрей.

§ 47.

Завѣщательный порядокъ наслѣдованія предоставляетъ наслѣдодателю такую огромную власть, что неоднократно возникали сомнѣнія относительно того, возможно ли допущеніе неограниченнаго произвола въ данномъ отношеніи.

Такъ, въ римскомъ правѣ дозволялось при извѣстныхъ условіяхъ оспаривать въ опредѣленномъ порядкѣ завѣщаніе, и этимъ путемъ съ теченіемъ времени постепенно образовалась такъ наз. система обязательныхъ долей, т. е. юридическое положеніе, по которому ближайшіе наслѣдники обязательно должны были получить опредѣленную часть причитающейся имъ законной доли наслѣдства.

Германское право создало аналогичный институтъ, покоящійся, однако, частью на иныхъ основаніяхъ: институтъ изъятія части имущества изъ завѣщательныхъ распоряженій (Erl-vorbehalt), согласно которому право завѣщательнаго распоряженія не распространяется на родовое имущество, въ цѣломъ его составѣ или въ части; нѣкоторыя законодательства пошли въ этомъ отношеніи еще дальше, и ограниченіямъ въ отношеніи завѣщательныхъ распоряженій подвергалось не только родовое, но и все благопріобрѣтенное имущество.

Современныя законодательства пошли въ данномъ случаѣ различными путями: англійское и англо-американское право уничтожило всякія ограниченія завѣщательныхъ распоряженій и не признаетъ никакихъ обязательныхъ назначеній, оно представляетъ полную свободу завѣщанія, и наслѣдодатель можетъ завѣщать свое предпріятіе и большую часть всего своего состоянія, напр., одному только изъ своихъ сыновей, котораго онъ считаетъ наиболѣе способнымъ, достойнымъ.

Германское и Романское права, напротивъ, устанавливаютъ то или другое ограниченіе; германское гражданское уложеніе, напр., поощряетъ систему обязательныхъ назначеній, обязательная доля предоставлена нисходящимъ, родителямъ и супругамъ,—она составляетъ половину законной доли. Наслѣдодателю предоставляется однако право лишить наслѣд-

ника и этой обязательной доли въ случаѣ, если онъ тяжко провинится противъ самого наслѣдодателя или противъ правопорядка, нравственныхъ требованій, ибо нельзя заставить отца назначить обязательную долю наслѣдства своему сыну, заключенному въ исправительный домъ, или дочери, ставшей проституткой.

Затрудненія представляетъ отношеніе института обязательныхъ долей къ дарению, такъ какъ нельзя допустить, чтобы наслѣдодатель имѣлъ возможность добиться при посредствѣ даренія такихъ результатовъ, достиженіе которыхъ путемъ завѣщательныхъ распоряженій запрещено закономъ. Вотъ почему, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, допускается требованіе о возвращеніи дара, однако въ этомъ отношеніи установлены границы: даренія, которыя совершены болѣе 10 лѣтъ назадъ, пріобрѣтаютъ прочность, не подлежатъ возврату и утрачиваютъ колеблющійся, неопредѣленный характеръ дара.

§ 48.

Для изъявленія послѣдней воли,—завѣщанія требуется опредѣленная форма, независимо отъ того, будетъ ли оно составлено при участіи оффиціальныхъ органовъ или частнымъ образомъ; большинство законодательствъ допускаетъ два рода завѣщаній—*оффиціальное* и *домашнее*. Наиболѣе интереснымъ видомъ завѣщательныхъ распоряженій является домашнее завѣщаніе безъ свидѣтелей, для составленія котораго требуется только одно его написаніе; въ этомъ случаѣ завѣщаніе носитъ совершенно характеръ наслѣдодательскаго монолога, кторый становится извѣстнымъ только по истеченіи нѣсколькихъ лѣтъ.

Эта послѣдняя форма завѣщанія, которая развилась во французскомъ правѣ подъ вліяніемъ римскаго права, принята также новымъ германскимъ гражданскимъ уложеніемъ, это знаменитое собственноручное завѣщаніе. Оффиціальное завѣщаніе составляется въ присутствіи судьи или нотаріуса при

участіи двухъ свидѣтелей, или судейскихъ канцеляристовъ, или же второго нотаріуса; оно можетъ быть составлено такимъ образомъ, что содержаніе его оглашается должностному лицу и свидѣтелямъ, или же такимъ образомъ, что содержаніе завѣщанія остается въ тайнѣ, а излагается оно въ спеціальномъ документѣ, который и предъявляется какъ выраженіе послѣдней воли.

§ 49.

Договоръ о наслѣдствѣ представляетъ собой договорное соглашеніе между двумя лицами, въ которомъ одно лицо (наслѣдодатель) излагаетъ свои послѣднія распоряженія въ пользу другого или же третьяго лица. Договоръ этотъ можетъ быть также двустороннимъ, т. е. являться выраженіемъ предсмертныхъ распоряженій обѣихъ договаривающихся сторонъ, которыя обѣ, значитъ, являются наслѣдодателями. Договоры о наслѣдствѣ во многихъ отношеніяхъ имѣютъ разумную подкладку, и существованіе ихъ весьма справедливо; они, напр., представляютъ неоцѣнимую выгоду для супруговъ. Съ другой стороны, эти договоры имѣютъ свою темную сторону: благодаря имъ, наслѣдодатель является разъ навсегда связаннымъ и можетъ отступить лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Вотъ почему римское право и нѣкоторыя современныя законодательства не признаютъ договоровъ о наслѣдствѣ; германское гражданское уложеніе допускаетъ ихъ съ извѣстными ограниченіями.

§ 50.

Назначеніе даннаго лица наслѣдникомъ превращаетъ его въ призваннаго къ наслѣдованію, такъ что оно получаетъ опредѣленную ему наслѣдственную долю, какъ еслибы оно было призвано по закону къ наслѣдованію. И въ данномъ случаѣ сохраняется въ силѣ основное положеніе, согласно

которому наслѣдникъ вступаетъ въ свои права самъ собой, но впослѣдствіи можетъ отказаться отъ нихъ. Если наслѣдодатель распорядился только относительно части своего имущества и не сдѣлалъ никакихъ указаній относительно остального, то къ этой послѣдней части примѣняется законный порядокъ наслѣдованія, такъ что, значитъ, произвольный и законный порядокъ могутъ пополнять другъ друга. Это не всегда было такъ. Въ римскомъ правѣ завѣщаніе устраняло всякую возможность примѣненія наслѣдованія по закону, и если кто либо назначался, напр., наслѣдникомъ въ десятой части оставленнаго имущества, и болѣе не было никакихъ распоряженій, то онъ получалъ все наслѣдство. Это положеніе покоилось на своебразныхъ историческихъ основаніяхъ и специфическихъ воззрѣніяхъ римскаго общества и не могло найти отклика въ нашей правовой жизни.

Какъ уже выше было замѣчено, предсмертное волеизъявленіе можетъ содержать въ себѣ распоряженія, касающіяся только извѣстныхъ составныхъ частей имущества, это такъ называемыя *отказы*. Въ римскомъ правѣ существовали также универсальные отказы, относившіеся къ цѣлой крупной долѣ имущества, они играли очень важную роль и превращали во многихъ случаяхъ универсальнаго фидеикоммисарія въ универсальнаго преемника, подобно наслѣднику. По нашему праву въ такихъ случаяхъ универсальный отказъ разсматривается не какъ таковой, а какъ назначеніе наслѣдника. Согласно нашему праву, отказы не дѣлаютъ самостоятельными пріобрѣтателями лицъ, коимъ назначены отказы, а только сообщаютъ имъ право требовать съ наслѣдника приведенія въ исполненіе выраженной въ отказѣ воли наслѣдодателя. Такое постановленіе совершенно правильно, такъ какъ наслѣдникъ долженъ имѣть въ рукахъ всю наслѣдственную массу для осуществленія ликвидаціи долговъ, между тѣмъ какъ римское право, исходя изъ своего воззрѣнія на долговую отвѣтственность, и установило непосредственные отказы.

Сродни отказамъ завѣщательныя порученія (Auflagen), въ которыхъ наслѣдодатель возлагаетъ на данное лицо выполненіе извѣстныхъ дѣйствій, не предоставляя, однако, лицамъ,

въ пользу которыхъ эти порученія установлены, права требовать ихъ осуществленія, т. е. обязательства подобнаго рода не являются обязательствами въ юридическомъ смыслѣ; эти порученія могутъ также не устанавливать вообще никакихъ выгодъ въ пользу опредѣленныхъ лицъ, а просто носить характеръ совѣтовъ, просьбы, указаній и проч., напр., приказаніе наслѣдодателя наслѣднику поставить ему надгробный памятникъ. На основаніи изложеннаго можетъ показаться, будто такія порученія представляютъ собой только, такъ сказать, нравственное требованіе, совершенно лишенное юридической обязательности; однако дѣло обстоитъ не совсѣмъ такъ, ибо рядъ лицъ, напримѣръ, сонаслѣдники, законные наслѣдники, могутъ требовать судомъ исполненія завѣщательнаго порученія.

§ 51.

Своебразныя отношенія возникаютъ изъ назначенія *душеприказчика*; этотъ послѣдній не является наслѣдникомъ, онъ играетъ роль исполнительнаго органа наслѣдственной массы и, какъ таковой, противополагается наслѣднику, потому что въ качествѣ органа наслѣдственной массы онъ преслѣдуетъ исключительно цѣль осуществленія воли завѣщателя, хотя бы даже и вопреки намѣреніямъ и желаніямъ наслѣдника. Вотъ почему такого исполнителя завѣщанія назначаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда существуетъ подозрѣніе или предположеніе, что наслѣдникъ не осуществитъ въ точности желаній наслѣдодателя; его назначаютъ также въ тѣхъ случаяхъ, когда желаютъ избѣжать того, чтобы наслѣдникъ промоталъ наслѣдство, или чтобы кредиторы наслѣдника завладѣли завѣщаннымъ имуществомъ. Впрочемъ, полномочія душеприказчика могутъ быть въ той или другой степени съужены или расширены.

§ 52.

Возможность распоряжаться своимъ имуществомъ за предѣлами жизни является сама по себѣ уже чрезвычайнымъ усиленіемъ власти наслѣдодателя, но эта власть еще увеличивается, если наслѣдодателю предоставляется право, не ограничивая себя сферой перваго распоряженія, устанавливать и дальнѣйшія, назначая лицъ, которыя должны унаслѣдовать первымъ наслѣдникамъ и вступить въ обладаніе завѣщаемымъ имуществомъ послѣ смерти первыхъ наслѣдниковъ. Этимъ способомъ достигается возможность установленія весьма продолжительной Verfangenschaft имущества, и воля наслѣдодателя господствуетъ надъ грядущими поколѣніями. Эта воля господствуетъ аналогично тому, какъ при основаніи какого либо учрежденія, съ той только разницей, что въ этомъ случаѣ имущество, назначенное служить какимъ либо ясно опредѣленнымъ благотворительнымъ или общеполезнымъ цѣлямъ, между тѣмъ какъ при послѣдовательномъ (сукcессивномъ) порядкѣ наслѣдованія имущество, въ полномъ объемѣ и со всей присущей ему многосторонней силой, передается изъ одного поколѣнія наслѣдниковъ въ другое. Такой суксессивный порядокъ наслѣдованія называется *субституціей*. Римское право знаетъ этотъ порядокъ, но лишь отчасти; въ германскомъ правѣ онъ получилъ богатое развитіе, и германское гражданское уложеніе также допускаетъ его. Необходимо, однако, позаботиться о томъ, чтобы имущество по истеченіи извѣстнаго промежутка времени стало вновь свободнымъ, потому что Verfangen на протяженіи вѣковъ явилось бы вреднымъ, такъ какъ чрезвычайно стѣсняло бы свободное экономическое развитіе народовъ: будущее стало бы рабомъ прошедшаго. По германскому гражданскому уложенію имущество по истеченіи 30 лѣтъ становится свободнымъ, и всякое Verfangenschaft путемъ субституціи или другихъ аналогичныхъ распоряженій прекращается. Благодаря этому постановленію безконечная связанность имущества стала невозможна, между тѣмъ какъ временная связанность является не только не вредной, но даже

полезной въ цѣляхъ сохраненія имущества и усиливаетъ стремленіе къ завѣщательнымъ распоряженіямъ, такъ какъ даетъ наслѣдодателю возможность осуществлять свою волю въ теченіе десятилѣтій и предохранить оставляемое имъ имущество отъ расточенія со стороны наслѣдниковъ или захвата со стороны ихъ кредиторовъ.

II.

ПРАВО ПУБЛИЧНОЕ.

А. Государственное и церковное устройство.

§ 53.

Культурныя задачи человѣчества могутъ быть достигнуты только въ правильно организованномъ общеніи, и это общеніе въ извѣстныхъ направленіяхъ должно носить принудительный характеръ, потому что въ человѣчествѣ существуетъ такое множество элементовъ противныхъ культурѣ, что цѣль, къ которой оно стремится, можетъ быть достигнута только при единеніи всѣхъ стремящихся къ культурѣ и насильственномъ подавленіи всѣхъ враждебныхъ ей членовъ. Люди издавна образовывали союзы, которые въ большей или меньшей степени находились въ связи съ семейными отношеніями; въ основѣ этихъ союзовъ не лежало свободное соглашеніе участниковъ; они возникли сами собой, въ силу присущаго первобытному человѣку общественнаго инстинкта, и поддерживались религіозными воззрѣніями.

Лица, поклоняющіяся одному и тому же божеству, однѣмъ и тѣмъ же святынямъ, образовывали неразрывную единицу (тотемъ), и такія единицы опять таки вступали въ союзъ съ другими единицами; такъ развилась тотемная система, которая въ связи съ групповымъ бракомъ, создавшимъ прочное звено между однимъ тотемомъ и другимъ, принесла человѣчеству единеніе. Изъ раздробленія тотемовъ образовалось вначалѣ

родовое государство, а затѣмъ и наше современное. Родовое государство покоилось на единствѣ происхожденія, въ составъ государства входили только лица, принадлежавшія одному изъ родовъ. Этотъ типъ государства постепенно исчезъ,— наступило время, когда государство принимало въ свой составъ и чуждыхъ роду *пришельцевъ.*

Общественная жизнь встрепенулась и воспріяла новыя силы съ паденіемъ родового государства,—въ составъ общества вошли новые элементы, съ новыми наклонностями и способностями; часто они вносили съ собой элементъ броженія, который способствовалъ измѣненію существующаго порядка вещей и достиженію болѣе высокой ступени культуры. Отбросивъ родовой принципъ, государство необходимо должно опираться на принципъ *территоріальный*, изъ него черпаетъ оно отнынѣ свои силы, оно можетъ теперь воспринять и объединить самыя разнообразныя группы людей различныхъ родовъ и расъ; существеннымъ условіемъ такого государства является то обстоятельство, что сфера его дальнѣйшей дѣятельности, образующей и творческой, ограничена опредѣленной территоріей. Если отнять у государства его территорію, то тѣмъ самымъ уничтожается для него возможность доставлять своимъ членамъ мѣстожительство, убѣжище и занятія; съ уменьшеніемъ этой территоріи уменьшается способность государства къ развитію.

Вотъ почему совершенно правильно утвержденіе, что территорія имѣетъ для государства совершенно иное значеніе, чѣмъ поземельная собственность для отдѣльной личности. Территорія для государства имѣетъ не только то значеніе, какъ земля, инвентарь, обзаведеніе, оружіе для отдѣльной личности, она составляетъ для государства то же самое, что тѣло и физическія силы для индивидуума, она принадлежитъ къ жизненнымъ условіямъ государства. Человѣкъ можетъ существовать безъ поземельной собственности, но для современнаго государства немыслимо существованіе безъ территоріи.

§ 54.

Государство есть органическое единство высшаго порядка въ цѣляхъ осуществленія (въ случаѣ необходимости, принудительнаго) культурныхъ задачъ человѣчества. Только что мы упоминали о томъ, какъ образовалось государство, интересна однако также исторія смѣнявшихся воззрѣній на существо и задачи государства и попытокъ его объясненія и оправданія. Нѣкоторые мыслители, какъ, напр. Аристотель, изучали государство въ связи съ существующими дѣйствительными условіями и объясняли его происхожденіе въ этой зависимости, другіе, какъ, напр. Платонъ, оставляли въ сторонѣ все положительное, существующее и считали возможнымъ создать въ своихъ утопіяхъ идеальное государство, долженствующее быть наиболѣе подходящей сферой для человѣчества съ его стремленіями. Въ эпоху христіанства, разумѣется, прежде всего господствовала идея царства Божія и мысль о всемірномъ государствѣ, т. е. объединеніи всѣхъ христіанскихъ державъ надъ властью *одного* царя, занимала умы лучшихъ мыслителей. Образцомъ такого государства являлась Римская имперія, и римско-германскіе государи считались преемниками римскихъ императоровъ. Наряду съ этимъ, развивались также территоріальныя общины, но эти послѣднія считались общежитіями подъ покровительствомъ сувереннаго государя.

Наряду съ государствомъ развилась однако другая огромная культурная сила, господство которой основано было не на непосредственномъ принужденіи, а на нравственномъ воздѣйствіи,—это церковь. Вопросъ о взаимоотношеніи церкви и государства составлялъ предметъ тѣхъ многочисленныхъ и ожесточенныхъ споровъ, тѣхъ, такъ сказать, умственныхъ войнъ, которыя велись съ XI по XIV столѣтіе. Теократическая идея о происхожденіи государства естественно выдвигала вопросъ о томъ, не происходитъ ли государство отъ непосредственно-божественной церкви и не заимствуетъ ли оно отъ нея свою силу и свой авторитетъ.

По окончанiи этихъ споровъ начались попытки раціоналистическаго объясненія государства. Слѣдовало бы строить такое объясненіе: существованіе государства, какъ вида человѣческаго общежитія, находитъ свое оправданіе въ своихъ культурныхъ задачахъ, и разъ государство существуетъ, оно содержитъ въ самомъ себѣ свое индивидуальное правомочіе, какъ и родившійся человѣкъ, но та эпоха еще не дозрѣла до такихъ воззрѣній. Въ то время мыслители не могли еще усвоить себѣ въ достаточной степени идею единообразія въ эволюціи, такъ какъ всплывавшія уже кое гдѣ пантеистическія идеи, служащія истиннымъ основаніемъ ученія объ эволюціи государства, подвергались гоненію и энергично подавлялись. Такимъ образомъ приходилось брать индивидуума исходнымъ пунктомъ разсужденій о государствѣ и попытаться объяснять государство съ индивидуалистической точки зрѣнія. Этому отвѣчала идея о договорномъ объединеніи, въ цѣляхъ осуществленія государственныхъ задачъ, отдѣльныхъ индивидуумовъ, создавшихъ промежъ себя опредѣленныя нормы на вѣчныя времена. Такъ какъ подобное толкованіе цѣликомъ относится къ области утопическихъ фантазій, то можно было вообразить себѣ любое содержаніе помянутаго договора: можно было предполагать, что народъ, т. е. масса, удержала власть за собой, оставила ее въ собственныхъ рукахъ, но можно было также предполагать, что народъ разъ навсегда отдалъ господство надъ собой въ руки какого либо князя, короля или королевскаго дома. Вотъ почему безграничная демократія Ж. Ж. Руссо могла такъ же точно полагать своей основой государственный договоръ, какъ и неограниченный абсолютизмъ Бодена и Гоббеса. Эта идея господствовала на протяженіи 16, 17 и 18 вѣковъ; только въ 19 столѣтіи она была сдана въ архивъ, преимущественно благодаря Гегелю и исторической школѣ. Если представители этой послѣдней школы съумѣли разъяснить всю призрачность подобныхъ фантазій, то, со своей стороны, Гегель, предшественникомъ котораго въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ былъ уже Спиноза, доказалъ, что государство играетъ крупную роль въ діалектическомъ процессѣ міровой эволюціи,

онъ глубокомысленно конструировалъ государство какъ „осуществленіе нравственной идеи“.

§ 55.

Различныя воззрѣнія играли важную роль въ жизни государства, и среди нихъ первенствующее значеніе принадлежитъ идеѣ *суверенитета*. Суверенитетъ означаетъ прежде всего независимость, а затѣмъ высокое положеніе и неприкосновенность юридической личности государства. Это понятіе развилось изъ разсужденій объ отношеніяхъ царской власти къ отдѣльнымъ территоріямъ. Въ наше время, когда идея о всемірномъ государствѣ отжила свой вѣкъ, значеніе понятія суверенитета сводится къ провозглашенію великаго принципа независимости отдѣльныхъ государствъ, преслѣдующихъ, каждое вполнѣ самостоятельно, свои культурныя задачи.

Возникновеніе этого воззрѣнія относится къ тому времени, когда идея всемірнаго государства, ведущая свое происхожденіе еще изъ древняго Вавилона, утратила временно свое значеніе. Пришли къ убѣжденію, что человѣчество еще слишкомъ разнообразно, средства сообщенія слишкомъ неудобны, разстоянія слишкомъ велики для того, чтобы объединеніе всего человѣчества въ одно государство могло показаться доступнымъ. Вотъ почему примирились съ фактомъ раздѣльности единичныхъ государствъ, не имѣющихъ общей главы, и каждое государство было объявлено сувереннымъ и равнымъ остальнымъ. Изъ этого положенія существуютъ однако исключенія,—такъ назыв. полусуверенныя государства и тому подобное, но объ этомъ рѣчь ниже.

§ 56.

Въ связи съ идеей суверенитета находится идея о моральныхъ основахъ правомочій государства, болѣе того, объ *этическомъ освященіи* государственной дѣятельности. Государству принадлежитъ самое неограниченное право надъ

отдѣльными личностями, даже право лишать ихъ жизни и требовать отъ нихъ принесенія своей жизни въ жертву и это право вполнѣ обосновано и раціонально, такъ какъ отдѣльная личность является только членомъ всего культурнаго развитія и можетъ дѣйствовать только въ качествѣ части всей совокупности, вотъ почему общая воля должна быть и волей личности, а эта общая воля культурнаго общества кристаллизована и находитъ свое выраженіе въ волѣ государства.

Въ связи съ суверенитетомъ возникла также слѣдующая идея, представляющая собой какъ бы дальнѣйшее развитіе вышеизложенной,—государство не должно *злоупотреблять* своей властью, оно должно признавать въ индивидуумѣ субъекта правъ. Этотъ вопросъ, а также вопросъ о порядкѣ и родѣ самоограниченія государства, представляетъ собой одинъ изъ наиболѣе важныхъ и тяжелыхъ вопросовъ права и политики (см. ниже). Въ качествѣ проявленія и выраженія этого самоограниченія и отвѣчающихъ ему правъ индивидуума, дѣйствуютъ публично-правовые суды, въ коихъ должны обсуждаться случаи неправомѣрнаго вторженія государства въ публичныя права индивидуумовъ.

Выраженіемъ дальнѣйшаго развитія этой идеи является то положеніе, что хотя государство и можетъ потребовать имущество, принадлежащее отдѣльной личности, но должно вознаградить ее за это, т. е. распредѣлить ущербъ, наносимый индивидууму, между всѣмъ обществомъ.

§ 57.

Подобно всякому юридическому лицу, и государство можетъ имѣть различное основное устройство. Основное устройство зиждется на организаціи, т. е. на родѣ и способахъ предоставленія юридической личности органовъ для ея дѣятельности. Съ древнихъ временъ въ этомъ отношеніи выработались двѣ главныя формы: *монархическая* и *республиканская.* Сущность монархіи вовсе не заключается въ томъ, что единый князь или король правитъ неограниченно, не въ томъ

также, что этотъ король является носителемъ многочисленныхъ и высокихъ правъ управленія, сущность монархіи заключается въ томъ, что монархъ дѣйствуетъ не въ силу полномочій, дарованныхъ ему обществомъ, а является высшимъ органомъ всего общества въ силу кореннаго принадлежащаго ему права. Онъ не *получаетъ* права на управленіе, а *имѣетъ* его. Это положеніе можно сравнить, напр., съ корпораціей, въ которой не избираютъ предсѣдателя, а предсѣдательство принадлежитъ разъ навсегда опредѣленному лицу или семейству. Въ этомъ отношеніи ненаслѣдственная монархія отличается все же отъ республики, и возраженіе, что въ избирательной монархіи король выбирается—неосновательно, потому что онъ является носителемъ королевскаго достоинства не потому, что избранъ, а потому, что отмѣченное избраніемъ лицо есть прирожденный король, предназначенный провидѣніемъ, подобно тому какъ папское достоинство не сообщается папѣ коллегіей кардиналовъ. Слѣдовательно идея монархической власти существенно отличается отъ республики съ долгосрочнымъ или даже пожизненнымъ президентомъ. Въ противоположность монархіи, въ республиканскомъ строѣ органы власти создаются исключительно волей общества,—президентъ управляетъ государствомъ не въ силу присущаго ему, такъ сказать, врожденнаго права, а только, въ силу спеціальнаго назначенія, избранія для этой цѣли. Эта разница весьма существенна, въ основѣ ея лежитъ долгое историческое развитіе. Первобытный строй „тотэмъ" носилъ явно республиканскій характеръ. Наряду съ этимъ развилось начало управленія вождями, въ основѣ коего лежитъ выдающаяся духовная сила, ловкость и военныя удачи отдѣльной личности. Вождь захватывалъ, присваивалъ себѣ всѣ права и объявлялъ все населеніе подвластнымъ себѣ, а права этого населенія зависящими отъ его личнаго усмотрѣнія. Отсюда ведетъ свое происхожденіе королевская власть, воспріявшая одинъ существенный, преобразующій элементъ: король хотя и является таковымъ въ силу лично присущаго ему права, но тѣмъ не менѣе онъ является также органомъ государства и несетъ обязанность осуществленія государственныхъ цѣлей, тогда какъ вождь былъ свободенъ отъ какихъ бы то ни было обязательствъ.

Всѣ остальныя отличительныя черты, будетъ ли республика демократической, избирательной или олигархической—носятъ характеръ второстепенный; значеніе этихъ особенностей такъ же второстепенно, какъ напр. вопросъ о томъ, принадлежитъ ли рѣшающая сила въ товариществѣ общему собранію или спеціальному совѣту выборныхъ изъ числа участниковъ общаго собранія.

§ 58.

Нѣсколько государствъ могутъ соединиться и составить новое единство,—союзное государство. Въ этомъ случаѣ союзное (федеративное) государство является носителемъ новаго суверенитета, оно составляетъ единое государство, совокупность территорій отдѣльныхъ вошедшихъ въ него государствъ составляетъ его территорію, а подданными являются всѣ подданные этихъ отдѣльныхъ государствъ. Объединившіяся государства передаютъ часть своихъ государственныхъ задачъ союзному, объединяющему государству, но въ сферѣ удержанныхъ за собой государственныхъ функцій остаются самостоятельными и суверенными. Такимъ государствомъ является Германская Имперія; относительно ея организаціи было не мало споровъ. Представителями Германской Имперіи являются правители отдѣльныхъ, вошедшихъ въ ея составъ, государствъ, а во главѣ ихъ стоитъ императоръ, обладающій опредѣленными спеціальными прерогативами и правами, причемъ, однако, права остальныхъ правителей отнюдь не утрачиваются ими. Основываясь на вышеизложенномъ, Германскую Имперію разсматриваютъ иногда какъ специфическій видъ республики, но такое толкованіе совершенно неправильно. Принципу монархіи отнюдь не противорѣчитъ единовременное совмѣстное владычество нѣсколькихъ монарховъ, вѣдь извѣстно, что существовали государства, во главѣ которыхъ стояли одновременно два короля. Существенно то обстоятельство, что лица, образующія правленіе, являются таковыми не въ силу назначенія и избранія. Правители отдѣльныхъ государствъ, образующихъ Германскую Имперію, входятъ въ составъ правленія

союзнымъ государствомъ, какъ естественные, такъ сказать готовые члены его, черпающіе свою власть только въ самихъ себѣ, вотъ почему здѣсь не можетъ быть рѣчи о республикѣ, а только о союзной объединенной монархіи.

Своеобразно слѣдующее: отношеніе Германской Имперіи къ составляющимъ ее государствамъ регулируется основными законами, но эти же основные законы могутъ быть измѣняемы представительными органами Имперіи, такъ что Имперія можетъ сама увеличить свои компетенціи по отношенію къ отдѣльнымъ государствамъ, она обладаетъ такъ сказать компетенціей компетенціи. Только въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ направленіяхъ существуютъ въ этомъ отношеніи особыя постановленія.

§ 59.

Измѣненіе въ государственномъ строѣ можетъ послѣдовать въ порядкѣ законномъ, въ силу права, или же *безъ права:* въ силу права—значитъ въ порядкѣ, сообразномъ основнымъ законамъ данной страны. Но и измѣненіе въ порядкѣ, противорѣчащемъ этимъ законамъ, можетъ стать правомѣрнымъ, стать правомъ, если сила на его сторонѣ, и оно получаетъ, поскольку принимаются въ соображеніе отношенія международно-правового характера, признаніе, подтвержденіе со стороны дружественныхъ націй.

Въ правомѣрномъ порядкѣ можетъ послѣдовать превращеніе государства изъ монархіи въ республику, или, наоборотъ, равнымъ образомъ можетъ быть также измѣненъ порядокъ престолонаслѣдія. Спрашивается, можетъ ли измѣняться и порядокъ престолонаслѣдія на будущее время безъ согласія будущаго правителя, наслѣдника; слѣдовательно, можетъ ли онъ быть измѣняемъ закономъ, изданнымъ настоящимъ правителемъ съ одобренія парламента. Этотъ вопросъ надо разрѣшить въ отрицательномъ смыслѣ: настоящій правитель не можетъ дѣйствовать за предѣлами сферы своего господства, своей власти, онъ можетъ дѣйствовать лишь по стольку, по скольку регулированіе дѣлъ государства суж-

дено его личности, — онъ можетъ заключать договоры, онъ можетъ издавать законы, регулировать государственное устройство и государственныя дѣла и на будущее время, все это не выходитъ за предѣлы сферы его власти, такъ какъ регулированіе этихъ вопросовъ представляетъ насущную необходимость, и лицо, стоящее во главѣ правленія, можетъ и должно считаться съ этой необходимостью и удовлетворять ее, подобно тому какъ лицо, назначенное первымъ наслѣдникомъ, можетъ предпринимать извѣстныя дѣйствія, связанныя съ обладаніемъ даннаго имущества. Въ сферу этихъ распоряженій, однако, не входитъ порядокъ престолонаслѣдія, не входятъ отдѣльныя права наслѣдника престола. Частное право можетъ быть нарушено, уничтожено законодательнымъ путемъ, въ порядкѣ правомѣрномъ, даже безъ вознагражденія, безъ возмѣщенія убытковъ, хотя это въ большинствѣ случаевъ несправедливо—однако, эта возможность входитъ въ сферу власти правителя, но права наслѣдника престола выходятъ изъ этой сферы, и если правитель хочетъ затронуть ихъ, онъ тѣмъ самымъ лишаетъ себя точки опоры, подрываетъ почву, на которой самъ стоитъ. Въ крайнемъ случаѣ изданіе длительной нормы, регулирующей порядокъ престолонаслѣдія на будущее время, можно еще допустить съ согласія всѣхъ въ данный моментъ здравствующихъ престолонаслѣдниковъ (по юридической аналогіи съ фидеикоммисарными отношеніями). Въ противномъ случаѣ пришлось бы согласиться съ тѣмъ, что въ каждомъ чисто монархическомъ государствѣ монархъ по своему усмотрѣнію можетъ измѣнять порядокъ престолонаслѣдія и его направленіе. Это можетъ быть допустимо въ отдѣльныхъ монархіяхъ, но такое положеніе не можетъ разсматриваться, какъ общее правило. Поэтому, если порядокъ престолонаслѣдія измѣняется безъ согласія наслѣдниковъ, то такое измѣненіе является чисто-фактическимъ, но не правовымъ (de facto, a ne de jure) и становится правомъ только тогда, если оно нашло, съ одной стороны, одобреніе народа, а, съ другой стороны, признано дружественными государствами, такъ какъ въ данномъ случаѣ должны быть приняты въ соображеніе и международныя отношенія.

§ 60.

Дѣятельность государства подраздѣляется на три функціи: *законодательство*, *судебная дѣятельность* и *управленіе*. Это подраздѣленіе, со времени Монтескьё, привело къ установленію такъ называемой системы трехъ властей. Монтескье полагалъ, что въ однѣхъ рукахъ не должно быть сосредоточено слишкомъ много власти, а потому различныя отрасли государственнаго полномочія должны быть поручены различнымъ органамъ государства, каковые, такимъ образомъ, поддерживаютъ взаимное равновѣсіе. Это подраздѣленіе не было придумано самимъ Монтескье, а ведетъ свое происхожденіе изъ англійскаго права, въ которомъ законодательная власть со времени возникновенія парламента заняла обособленное положеніе. Съ давнихъ поръ наряду съ властью короля принимается, въ большей или меньшей степени, въ соображеніе собраніе народа или главъ семей. Въ Англіи это собраніе, съ теченіемъ времени, получило характеръ представительства: не отдѣльныя управомоченныя лица и не весь народъ, а совѣтъ, образованный путемъ избранія, функціонируетъ совмѣстно съ королемъ въ области законодательной дѣятельности. Нижняя палата ведетъ свое происхожденіе отъ тѣхъ довѣренныхъ лицъ, которыя созваны были Эдуардомъ I изъ графствъ и податныхъ городовъ, и долгое время избирательное право было пріурочено къ историческимъ округамъ. Это положеніе измѣнено въ XIX вѣкѣ реформами 1832-го и 1884—85 года, и представительство получило ясный характеръ представительства всей страны. По англійскому образцу созданы были и на континентѣ парламенты съ одной или двумя палатами, такъ, напр., въ Германіи Рейхстагъ. Законодательство можетъ быть осуществляемо, такимъ образомъ, лишь путемъ совмѣстной дѣятельности правителя и парламента, а законъ, не одобренный парламентомъ, не имѣетъ силы.

Законъ представляетъ собой, какъ было сказано въ самомъ началѣ книги, выраженіе воли государства (eine Aüsse-

rung des Staates), заключающее въ себѣ правовое правило и создающее нормы, изъ которыхъ посредственнымъ образомъ проистекаютъ права и обязанности, поскольку поступки даннаго лица находятся въ соотвѣтствіи или противорѣчіи съ нормой. Надо отмѣтить то историческое явленіе, что иныя распоряженія, не составляющія законы, выступаютъ въ жизнь подъ формой закона, т. е. нуждаются въ одобреніи и утвержденіи парламента. Въ этомъ отношеніи различаютъ понятіе о *формальномъ законѣ*, въ противоположность *матеріальному*.

Не только для дѣятельности законодательной, но и для судебной выставлялись съ прошлаго столѣтія требованія извѣстной самостоятельности или независимости въ отношеніи къ королевской власти. Тогда какъ прежде судебная дѣятельность являлась одной изъ главныхъ функцій короля, нынѣ она совершенно изъята изъ его власти, и суды, на которые эта дѣятельность возложена, поставлены такъ, что они не получаютъ никакихъ королевскихъ приказаній и никогда не могутъ подчиняться въ своихъ рѣшеніяхъ какимъ либо указаніямъ администраціи.

Въ противоположность сказанному, подъ *управленіемъ* понимается всякая другая государственная дѣятельность, которая не создаетъ правоположеній и не творитъ суда, эта дѣятельность подчинена королю и органамъ королевской власти. Сфера дѣятельности управленія чрезвычайно разнообразна и обширна; можно установить два вида функцій дѣятельности управленія: 1) государство дѣйствуетъ, не вторгаясь въ область воли подданныхъ, и осуществляетъ свою дѣятельность аналогично дѣятельности частнаго лица,—это область государственнаго благоустройства. Если, напр., государство проводитъ каналы, регулируетъ теченіе рѣкъ, ведетъ лѣсное хозяйство, учреждаетъ высшія учебныя заведенія, больницы, богадѣльни и т. д., то вся эта дѣятельность относится къ благоустройству государства. 2) Не всегда такая дѣятельность оказывается достаточной, во многихъ случаяхъ необходимо примѣнять принужденіе, когда приходится преодолѣть силы, враждебныя культурѣ; сюда относятся всѣ распоряженія и

приказанія, коими государство дѣйствуетъ въ цѣляхъ регулированія, установленія порядка.

Согласно прежде господствовавшему мнѣнію, средства принужденія предоставлены произвольному усмотрѣнію государства, но современное право иначе смотритъ на этотъ вопросъ. Теперь принудительныя мѣры, находящіяся въ рукахъ государства, установлены закономъ, и каждое данное лицо, подвергшееся этимъ мѣрамъ, можетъ требовать разсмотрѣнія и повѣрки принудительной дѣятельности государства. Актъ управленія, однако, не есть правовой актъ, онъ, правда, находится въ сферѣ права, но регулируется правомъ только съ отрицательной стороны, поскольку онъ не долженъ преступать установленныхъ правовыхъ границъ; въ остальномъ администрація можетъ свободно дѣйствовать по соображеніямъ цѣлесообразности и желательныхъ результатовъ.

Не мало споровъ было о томъ, на какія стороны жизни государство можетъ распространять свою дѣятельность управленія и въ какой мѣрѣ оно уполномочено къ дѣятельности принудительной. Здѣсь идетъ рѣчь о принципѣ такъ называемыхъ „правъ человѣка", о требованіи предоставленія извѣстныхъ сторонъ жизни свободному усмотрѣнію индивидуума или семьи, внѣ всякаго вмѣшательства государства. Къ этой категоріи правъ относятся прежде всего внутреннія убѣжденія человѣка, его міросозерцаніе, вообще вся сфера его религіозной жизни. Но по нашему мнѣнію вопросы о выборѣ профессіи, о родѣ и способахъ управленія своимъ имуществомъ, о распредѣленіи времени, могутъ только въ исключительныхъ случаяхъ подлежать регулированію со стороны государства, напр., поскольку такое вмѣшательство оправдывается воинской повинностью или другими государственными повинностями. Далѣе—власть родительская, по нашему мнѣнію, можетъ лишь въ той мѣрѣ подлежать государственному вмѣшательству, поскольку необходимость таковаго вызывается исключительными случаями.

Всѣ эти соображенія не представляютъ изъ себя чего либо искони существовавшаго, они появились съ теченіемъ времени, въ порядкѣ историческаго развитія. Такъ наз. сво-

бода совѣсти не существовала ни въ древніе, ни въ средніе вѣка, даже реформація не провозгласила ея; основной принципъ былъ тотъ, что государство должно заботиться о поддержаніи истинной религіи, т. е. той, которую оно считало истинной. Систему религіозной свободы мы встрѣчаемъ только послѣ 30-лѣтней войны, съ полной-же послѣдовательностью она проведена была лишь въ XVIII вѣкѣ и теперь она господствуетъ во всѣхъ современныхъ культурныхъ государствахъ, за исключеніемъ Испаніи.

Свобода выбора профессій была прежде точно ограничена въ законѣ; манера одѣваться, размѣры пищи и питья были регулированы такъ наз. ордонансами объ одеждѣ и законами относительно роскоши (и нынѣ начинаютъ ограничивать спеціальными законами потребленіе алкоголя); способы обработки полей у иныхъ народовъ были точно регулированы. Вообще размѣры сферы государственной дѣятельности и разграниченіе ея отъ дѣятельности индивидуума представляютъ собой продуктъ исторической эволюціи и находятся въ зависимости отъ историческаго отношенія отдѣльной личности къ обществу.

Вышесказаннымъ объясняется отношеніе современнаго государства къ праву *промышленному*. Разумѣется, государству принадлежитъ право полицейскаго надзора, но внѣ этаго оно должно предоставить отдѣльной личности полную свободу дѣйствій. Въ прежнее время господствовало такое положеніе, что право заниматься промысломъ предоставлялось не всякому, а только извѣстнымъ лицамъ, обладающимъ спеціальными личными особенностями (не имѣющими ничего общаго со способностью къ занятію промышленностью), напр., принадлежностью къ опредѣленному семейству, законностью рожденія, принадлежностью къ общинѣ и т. д. Вслѣдствіе этого различныя отрасли промышленности образовывали замкнутые круги, въ составъ которыхъ принималось только ограниченное число лицъ, изъ которыхъ каждое обязано было придерживаться въ своей дѣятельности точно обозначенныхъ границъ даннаго промысла. Въ XIX вѣкѣ уничтожены были всѣ эти ограниченія и провозглашены принципы свободы

промышленности и свободной конкуренціи. Эти принципы въ основныхъ чертахъ дѣйствуютъ и понынѣ, вотъ почему обязанности полиціи по отношенію къ промышленности сводятся только къ надзору за тѣмъ, чтобы промышленность не практиковалась въ формахъ вредныхъ для публики и для культурныхъ интересовъ общества. Лица, занимающіяся извѣстнымъ промысломъ, обязаны объявить объ этомъ, они подлежатъ регистраціи, а для занятія нѣкоторыми опредѣленными родами промышленности требуется особое разрѣшеніе, въ коемъ можетъ быть и отказано по причинамъ, зависящимъ въ большей или меньшей мѣрѣ отъ усмотрѣнія полиціи, но, во всякомъ случаѣ, причинамъ чисто объективнымъ; личныя особенности принимаются въ соображеніе лишь постольку, поскольку они даютъ поводъ вывести заключеніе о недостаточности умственныхъ или нравственныхъ качествъ даннаго лица.

Равнымъ образомъ, для занятія промыслами установлены извѣстныя правила, отвѣчающія культурнымъ запросамъ, напр., правила о воскресномъ отдыхѣ, о положеніи рабочихъ и ихъ охранѣ. Нѣкоторые виды промышленности, которые могутъ вести къ злоупотребленіямъ, разрѣшаются только въ ограниченномъ размѣрѣ, какъ напр. разносная торговля и др.

Корпораціи, союзы могутъ и нынѣ основываться, въ иныхъ случаяхъ даже въ принудительномъ порядкѣ, и имъ предоставлено право издавать различныя постановленія въ цѣляхъ споспѣшествованія промыслу, въ частности, право устраивать экзамены для подмастерьевъ, мастеровъ и выдавать свидѣтельства, но этимъ корпораціямъ не дано право связывать отдѣльныхъ промышленниковъ различными правилами, затрудняющими свободу занятія промысломъ, въ частности онѣ не могутъ назначать никакихъ рамокъ касательно установленія цѣнъ и порядка пріобрѣтенія кліентовъ.

Весьма важной функціей дѣятельности государственнаго надзора является также наблюденіе за различными союзами и корпоративными организаціями,—съ одной стороны, въ интересахъ государства, поощреніе корпоративной дѣятельности, съ другой стороны, государство должно пре-

дупреждать возможность превращенія этихъ союзовъ въ элементы, разрушающіе и подрывающіе основы государственной жизни. Разумѣется, отношеніе государства къ разнообразнымъ видамъ корпоративнаго единенія различно,— отношеніе его къ политическимъ корпораціямъ, корпораціямъ публичнаго общественнаго характера, наконецъ, къ корпораціямъ частнаго свойства не можетъ быть одинаковымъ. (Корпораціей публичнаго характера является, напр., союзъ всѣхъ представителей извѣстнаго сословія въ сословныхъ интересахъ, корпораціей частнаго характера является, напр., объединеніе домовладѣльцевъ извѣстной улицы въ ихъ частныхъ интересахъ). Въ Германіи регулированіе положенія корпоративныхъ организацій предоставлено отдѣльнымъ государствамъ; только т. наз. Koalitionsverbot, ограничивавшій прежде единеніе между корпораціями, былъ уничтоженъ въ порядкѣ общегосударственномъ.

§ 61.

Соотвѣтственно различнымъ періодамъ исторіи измѣняется вліяніе и роль другихъ культурныхъ факторовъ, дѣйствующихъ наряду съ государствомъ. Такъ, напр., прежде церковь исполняла цѣлый рядъ функцій, составляющихъ нынѣ предметъ государственной дѣятельности; организація школьнаго дѣла и попеченіе о бѣдныхъ находились прежде почти всецѣло въ рукахъ церкви. Затѣмъ нѣкоторыя современныя функціи государства, напр., организація опеки, предоставлялись вѣдѣнію семьи. И здѣсь все измѣнялось соотвѣтственно спеціальнымъ требованіямъ культуры и созданнымъ культурными факторами обстоятельствамъ.

§ 62.

Управленіе можетъ находиться или непосредственно въ рукахъ государства, т. е. осуществляться высшими и подчиненными органами государственной власти, или же оно пре-

доставляется въ большей или меньшей мѣрѣ публичнымъ корпораціямъ, сохраняющимъ извѣстную самостоятельность и находящимся только подъ контролемъ и надзоромъ государства. Управленіе общинъ, округовъ, провинцій представляетъ собой второй изъ упомянутыхъ видовъ управленія. Это т. наз. самоуправленіе, selfgovernment, принципъ, заимствованный изъ англійскаго права, но получившій самостоятельнаго развитія. Полагаютъ, что самоуправленіемъ достигается болѣе живое участіе мѣстныхъ единицъ въ государственной жизни, бóльшее соотвѣтствіе съ индивидуальными потребностями и всестороннее освѣщеніе и возможность удовлетворенія самыхъ разнообразныхъ интересовъ. Другими словами, самоуправленіе даетъ возможность бороться съ государственной бюрократіей, представляющей противоположность только что сказанному.

Наряду съ упомянутыми основными элементами организаціи государства, могутъ быть учреждаемы для осуществленія отдѣльныхъ государственныхъ задачъ общества публичнаго характера, какъ, напр., общества страхованія, они могутъ быть учреждаемы или путемъ свободнаго доступа отдѣльныхъ участниковъ, предоставленнаго вполнѣ ихъ усмотрѣнію, или же путемъ принужденія къ участію: принудительныя общества (Zwangsgenossenschaften).

Въ путяхъ государственнаго управленія могутъ создаваться извѣстныя *обязательственныя отношенія* между общественными единицами,—между государствомъ и общиной, между двумя общинами и т. под. Эти обязательственныя отношенія могутъ возникать въ цѣляхъ осуществленія извѣстныхъ дѣйствій, входящихъ въ сферу задачъ самоуправленія, въ основѣ которыхъ, слѣдовательно, лежитъ не гражданскиправовое, а публично-правовое отношеніе между данными единицами самоуправленія. Въ частности органы управленія могутъ заключать между собой договоры, порождающіе публично-правовыя отношенія, напр., договоры о содержаніи мостовъ, о проложеніи дорогъ, о пособіи нуждающимся и т. под. Такія обязательственныя отношенія могутъ возникать также изъ договоровъ съ частными лицами, поскольку на это частное лицо, являющееся въ силу договора органомъ госу-

дарства или единицы самоуправленія, возлагаются извѣстныя функціи публичнаго характера (объ этомъ рѣчь ниже).

Подобнымъ образомъ могутъ возникать и *вещныя отношенія* государства и отдѣльныхъ единицъ самоуправленія, путемъ назначенія отдѣльныхъ вещей на общественное служеніе и изъятія ихъ изъ частнаго оборота. Такое назначеніе равнымъ образомъ создаетъ отношеніе публично-правового характера, и вопросъ о способахъ употребленія этой вещи нормируется законоположеніями публичнаго права.

Эти нормы, въ связи съ вышеуказанными, регулирующими степень вмѣшательства управленія въ дѣла частныхъ лицъ, образуютъ особую отрасль права—*государственное право* (Verwaltungsrecht), и для разрѣшенія споровъ на этой почвѣ учреждены во многихъ государствахъ (хотя и не вездѣ) особые административные суды (Verwaltungsgerichte), во главѣ которыхъ стоитъ какой нибудь высшій административный судъ [1]). Порядокъ судопроизводства въ этихъ судахъ (officielverfahren) основанъ на принципахъ инициативы ex officio.

§ 63.

Выше упоминалось о томъ, что и отдѣльная личность, становясь органомъ государственной дѣятельности, можетъ тѣмъ самымъ вступить въ отношенія публичнаго характера къ государству или единицѣ самоуправленія—такія отношенія называются *государственной службой.* Государственная служба возлагаетъ на чиновника обязанность по выполненію услугъ публичнаго характера, но отличается отъ другихъ аналогичныхъ обязательствъ привхожденіемъ элемента *вѣрности*, элемента, заимствованнаго изъ леннаго права: чиновникъ обязанъ не только добросовѣстно служить, онъ, кромѣ того, долженъ соблюдать вѣрность по отношенію къ государ-

---

[1]) Такимъ административнымъ судомъ является и учрежденіе по выдачѣ патентовъ—Patentamt, когда онъ долженъ рѣшить вопросъ о томъ, существуетъ ли извѣстное право изобрѣтенія, или данное изобрѣтеніе свободно или, наконецъ, должно быть объявлено свободнымъ.

ству, т. е. по возможности устранять все то, что по его добросовѣстному убѣжденію, могло бы повлечь за собой ослабленіе государственнаго престижа. Онъ можетъ, такъ сказать, выступить противъ государства только въ томъ случаѣ, когда государственные интересы сталкиваются съ правомѣрными интересами отдѣльной личности и такая оппозиція безусловно допускается, когда дѣло идетъ объ охранѣ права; такъ, въ частности, чиновникъ вправѣ составить заключеніе по спорному притязанію частнаго лица къ государству, и [1]) коронный судья при разрѣшеніи юридическихъ вопросовъ долженъ постановлять свое рѣшеніе противъ государства съ такимъ же безпристрастіемъ, какъ и противъ частнаго лица; между тѣмъ дѣло обстояло бы совершенно иначе, если бы споръ шелъ о противоположеніи верховныхъ правъ чужого государства родному и предстояло бы составить заключеніе для этого чужого государства. Слѣдуетъ, однако, отмѣтить то обстоятельство, что долгъ вѣрности является таковымъ только по отношенію къ государству, а не по отношенію къ дѣйствующему правительству, поэтому вѣрность отнюдь не нарушается въ томъ случаѣ, если чиновникъ примыкаетъ къ оппозиціи этому правительству, выступаетъ противъ него въ парламентѣ или избирательныхъ рѣчахъ, если онъ на литературномъ поприщѣ борется съ извѣстнымъ направленіемъ правительства: вѣрность носитъ характеръ вещный, а не личный, какъ вѣрность вассальная.

Долгъ вѣрности возлагаетъ на чиновника обязанность вести себя сообразно достоинству и чести, воздерживаться отъ всякихъ поступковъ, которые могли бы своей безнравственностью и грубостью уронить его, а вмѣстѣ съ нимъ и все сословіе государственныхъ чиновниковъ въ общественномъ мнѣніи; но если онъ поступаетъ и дѣйствуетъ сообразно требованіямъ морали, онъ не обязанъ заботиться о decorum'ѣ,— нравственный человѣкъ можетъ не обращать вниманія на кажущуюся видимость и не обязанъ служить ей. Охрана

---

[1]) Поскольку оно вообще вправѣ составлять доклады и поскольку это не противорѣчитъ спеціальнымъ постановленіямъ.

этого долга вѣрности есть дѣло дисциплины, и поэтому чиновникъ подчиненъ *дисциплинарной власти*, которая, однако, осуществляется не произвольнымъ усмотрѣніемъ, а принадлежитъ организованнымъ судамъ.

§ 64.

Выше было уже упомянуто, что, согласно современнымъ воззрѣніямъ, государство не можетъ предписывать личности исповѣданіе той или другой религіи; сообразно съ этимъ, можно было бы ожидать, что религіозныя общества являются обществами частными и подчиненными верховному надзору и руководительству государства лишь постольку, поскольку имъ подчинены всякія частныя общества вообще. Такое предположеніе однако не соотвѣтствуетъ исторически сложившимся обстоятельствамъ. Ходъ нашего культурнаго развитія привелъ къ тому, что отдѣльныя религіозныя общества охватываютъ большую часть населенія и даже бóльшую часть всего человѣчества за предѣлами единичнаго государства. При такихъ условіяхъ совершенное устраненіе государственнаго вмѣшательства не соотвѣтствовало бы требованіямъ жизни.

Государство не можетъ не считаться въ данномъ случаѣ съ исторически сложившимися отношеніями, оно должно принять какія либо мѣры, чтобы такіе чрезвычайно могущественные религіозные институты не ослабили его силы и самостоятельности. Подъ вліяніемъ этихъ соображеній были приняты въ качествѣ корректива слѣдующія двѣ мѣры. Во первыхъ, нѣкоторыя *религіозныя общества были превращены въ общества публично-правовыя*; подчиненныя государственному праву, они раздѣляютъ какъ выгоды, такъ и обязанности публичной жизни. Къ числу такихъ обществъ принадлежатъ главнымъ образомъ христіанскія религіозныя общины, изъ коихъ католическая община носитъ особый характеръ, обусловленный тѣмъ, что она распространена по всему земному шару, имѣетъ единаго главу и такимъ образомъ является какъ бы интернаціональной державой, проти-

вопоставляемой государству; этимъ положеніемъ католической церкви обусловлено было развитіе правовыхъ отношеній, аналогичныхъ международно-правовымъ. Второй мѣрой является извѣстное *ограничительное вмѣшательство законодательства въ отношенія церкви*, выражающееся, напр. въ требованіи отъ священнослужителей исполненія извѣстныхъ qualificationen, или въ томъ, что государству принадлежитъ право утвержденія или неутвержденія въ дѣлѣ выборовъ представителей церкви.

Такъ какъ выдающіяся религіозныя общества входятъ въ область публичнаго права, то и *организація* и образующіяся, такъ сказать, внутри этихъ обществъ *правовыя отношенія* являются предметомъ *публичнаго* права. Статуты и функціи частныхъ корпорацій представляютъ изъ себя не общее ученіе о правѣ, а только разрѣшеніе отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ, но въ отношеніи религіозныхъ обществъ дѣло обстоитъ иначе: здѣсь рѣчь идетъ о внутреннемъ устройствѣ публичныхъ единицъ, строй которыхъ составляетъ часть публичнаго права и подчиненъ правовымъ нормамъ публичной жизни. Церковное право занимается детальной разработкой вопросовъ объ организаціи церкви, способахъ функціонированія ея органовъ, отношеній отдѣльныхъ членовъ къ цѣлому, а также о характерѣ управленія церковнымъ имуществомъ.

Въ католическомъ церковномъ правѣ на первомъ планѣ стоитъ выясненіе значенія и опредѣленіе положенія папы, какъ верховнаго главы всей церкви, положенія бишофовъ, какъ публичныхъ представителей юрисдикціи и духовенства вообще. Огромный рядъ правилъ трактуетъ о церковныхъ должностяхъ, о строѣ и распорядкахъ церковной іерархіи, эти правила вырабатывались столѣтіями съ величайшимъ искусствомъ и придали всему строю католической церкви удивительную тонкость и послѣдовательность. Особенное значеніе имѣетъ выборъ папы и назначеніе бишофовъ.

Въ протестантской церкви существуетъ два направленія, отчасти дополняющія другъ друга, отчасти другъ другу враждебныя: съ одной стороны, управленіе церковью принадле-

жащее верховной власти страны (этотъ порядокъ ведетъ свое историческое происхожденіе изъ той эпохи, когда подъ вліяніемъ реформаціи епископскія права перешли къ владѣтельнымъ князьямъ), съ другой стороны, элементъ общинный— церковная община и синоды (окружные, провинціальные и генеральные), которые въ большей или меньшей степени осуществляютъ участіе членовъ церкви въ управленіи ею.

Между церковью и государствомъ неминуемо должны были возникать несогласія по различнымъ вопросамъ, обусловленныя тѣмъ, что церковь объявляла извѣстныя вещи или отношенія священными институтами, между тѣмъ какъ государство претендовало на нихъ, какъ на институты правовые, подлежащіе сферѣ его господства. Важнѣйшій изъ такихъ институтовъ—это бракъ, который долгое время носилъ характеръ церковный и подчиненъ былъ церковной юрисдикціи до тѣхъ поръ, пока современныя государства не ввели государственнаго или гражданскаго брака, отлившагося въ ту или другую форму по отношенію къ церковнымъ брачнымъ функціямъ. Единственное соотвѣтствующее современной правовой жизни разрѣшеніе упомянутой коллизіи, это гражданскій бракъ, къ которому можетъ привзойти дѣятельность церкви въ качествѣ высшаго освященія, котораго церковь можетъ требовать въ интересахъ насажденія религіозности и почтенія къ церкви. Расторженіе брака долгое время также предоставлено было исключительно церкви, вотъ почему въ католическихъ странахъ бракъ былъ почти нерасторжимъ. И здѣсь государство пробило брешь въ церковныхъ воззрѣніяхъ и разрѣшило разводъ для лицъ всѣхъ исповѣданій.

Тѣмъ не менѣе, въ угоду католицизму, наряду съ разводомъ, во многихъ странахъ допускается просто фактическое разлученіе супруговъ; такое разлученіе принято Германскимъ гражданскимъ Уложеніемъ подъ наименованіемъ „прекращеніе брачнаго сожительства“. Разлученіе не то же самое, что разводъ, это лишь послѣдовательно и до мелочей проведенное разобщеніе брачной жизни, но самыя брачныя узы продолжаютъ существовать, и вступленіе въ новый бракъ было бы бигаміей; простое соглашеніе, примиреніе, не обста-

вленное никакими формальностями, можетъ вновь придать браку прежній нормальный характеръ.

Спорные вопросы между государствомъ и протестантской церковью разрѣшаются и улаживаются каждымъ отдѣльнымъ государствомъ; столкновенія съ католической церковью стараются сгладить и разрѣшить путемъ такъ называемыхъ *конкордатовъ*. Конкордатъ не является международнымъ договоромъ, такъ какъ католическая церковь не представляетъ собой государства или международно-правового лица. Католическая церковь есть публичный союзъ и, въ качествѣ такового, распростирается на всѣ государства, которыя признаютъ ее публично правовымъ союзомъ не только въ тѣхъ частяхъ, въ которыхъ она проявляется въ отдѣльныхъ государствахъ, но и въ цѣломъ, какъ нѣчто, распространяющееся на всѣ существующія государства. Договоръ съ такимъ союзомъ аналогиченъ договору государства съ общепризнаннымъ публичнымъ обществомъ, товариществомъ и носитъ не международно-правовой, а административно-правовой характеръ. Нѣкоторыя отдѣльныя основныя положенія международно-правовыхъ договоровъ могутъ быть однако примѣняемы и къ конкордатамъ, особенно основной принципъ rebus sic stantibus (см. ниже), подобно тому какъ на административно-правовыя отношенія церкви распространялся международно-правовой принципъ посольскаго представительства.

Б. Охрана права.

1. *Гражданскій процессъ.*

§ 65.

Судебный процессъ представляетъ собой сравнительно болѣе позднее явленіе въ развитіи права и народнаго правосознанія, онъ является такъ сказать болѣе утонченнымъ продуктомъ этого развитія и, замѣняя прежній принципъ *самопомощи*, служитъ выраженіемъ тенденціи къ принудительному осуществленію при-

тязаній. Первоначально каждому предоставлялось и разрѣшалось добиваться осуществленія своего права даже вопреки противодѣйствію третьихъ лицъ,—его дѣятельность вполнѣ правомѣрна. Принципъ самопомощи, однако, не могъ оставаться въ силѣ, такъ какъ ему присущи крупные недостатки: 1) нѣтъ возможности отличить лицо, дѣйствующее дѣйствительно правомѣрно, добивающееся осуществленія правъ, дѣйствительно ему принадлежащихъ, отъ такого лица, которое только само считаетъ себя управомоченнымъ или даже подъ личиной права совершаетъ грабежъ и воровство, 2) очень часто лицо, дѣйствующее въ своемъ правѣ; натолкнется на противодѣйствіе, и въ данномъ случаѣ обстоятельства могутъ сложиться такъ, что сила окажется не на его сторонѣ, и онъ принужденъ будетъ отступить и отказаться отъ осуществленія своего права; наконецъ, съ соціальной точки зрѣнія вѣчныя столкновенія, безпокойства, распри, являющіяся результатомъ самоуправной самопомощи, представляютъ явленіе крайне нежелательное и вредное для общества.

Постепенно, наряду съ самопомощью, развился и судебный процессъ и, мало по малу, вытѣснивъ окончательно прежній порядокъ, сталъ единственнымъ средствомъ осуществленія правъ. Указанная эволюція складывалась вѣками, и изложеніемъ ея должна заняться всемірная исторія, указывая, какъ принципъ самопомощи, постепенно все болѣе ограничиваемый различными мѣрами, наконецъ, самъ собой переходитъ въ судебный процессъ.

Судебный процессъ получилъ свое развитіе въ судахъ *духовныхъ*, подъ вліяніемъ религіи, или-же въ судахъ *вождей* подъ вліяніемъ могущественныхъ и часто интелектуально выше развитыхъ, неограниченныхъ властителей. Вліяніе религіи сказывается еще долгое время частью въ экстраординарной ритуальной формѣ процесса, частью въ системѣ доказательствъ. Доказательства исходятъ отъ Бога,—божество непосредственно вмѣшивается въ процессъ и рѣшаетъ на чьей сторонѣ право, нужно только призвать его и положиться на Божье испытаніе. Судъ божества выражается или въ томъ, что тяжущаяся сторона должна подвергнуться испытанію явленіями

природы, коимъ придается извѣстная одухотворенность, или же волшебникъ, предсказатель или же, наконецъ, оффиціальный жрецъ оповѣщаетъ истину, открывшуюся ему путемъ вдохновеннаго, экстатическаго созерцанія.

Наряду съ этимъ, развивается особый видъ Божьяго суда— *присяга* т. е. готовность быть проклятымъ въ томъ случаѣ, если присягнувшій окажется неправымъ. Присяга сохранилась и понынѣ, но, за исключеніемъ ея, вся система доказательствъ зиждется теперь на раціональныхъ основаніяхъ, и рѣшающее значеніе имѣетъ только воздѣйствіе доказательныхъ средствъ на убѣжденіе судьи.

Этотъ переходъ отъ системы божественныхъ доказательствъ къ человѣческимъ происходилъ на протяженіи столѣтій, и послѣдніе остатки прежнихъ обычаевъ рухнули только очень недавно.

Долгое время господствовала такъ наз. формальная теорія доказательствъ, согласно которой судья долженъ былъ въ зависимости отъ извѣстныхъ обстоятельствъ создавать себѣ то или другое убѣжденіе, эта система представляла собой остатки старой системы Божественныхъ доказательствъ, при которой одна сторона оказывалась правой, если она присягала, и ту же присягу приносило съ ней извѣстное, закономъ опредѣленное, число такъ наз. соприсягателей (Eideshelfer).

§ 66.

Презумпціей государственной помощи въ дѣлѣ осуществленія правъ объясняется существованіе у извѣстнаго лица или извѣстнаго учрежденія права разрѣшать тяжбы и споры въ формѣ обязательной. Это право называется *юрисдикціей* и принадлежитъ оно государству, являясь одной изъ важнѣйшихъ его задачъ, ибо безъ нея немыслимъ какой-бы то ни было государственный строй, невозможна вообще культура.

Поэтому если отдѣльное лицо въ цѣляхъ осуществленія своихъ правъ обращается за помощью къ государству, то послѣднее приступаетъ къ дѣйствію не въ интересахъ только

даннаго лица, но, помогая ему осуществить свое право, дѣйствуетъ во имя высшихъ государственныхъ задачъ. Отсюда слѣдуетъ, что правопорядокъ не долженъ считаться съ вопросами о томъ, достойно или недостойно данное лицо просимой имъ помощи, представляется-ли его право достовѣрнымъ или сомнительнымъ,—отказъ въ правовой защитѣ хотя-бы самому недостойному лицу, хотя-бы въ самомъ пустячномъ долгѣ, представлялъ-бы собой гибельное бѣдствіе для всей націи.

Не можетъ быть никакой рѣчи о присущемъ будто бы отдѣльному лицу, такъ называемомъ *правѣ на правовую охрану* (Rechtsschutzanspruch); что такое право не можетъ быть признано за тѣмъ, кто неправъ,—само собой разумѣется, но даже въ томъ случаѣ, если право на сторонѣ лица, начинающаго искъ, государство исполняетъ въ судебномъ процессѣ только то, къ чему оно обязано во имя государственныхъ задачъ. Введеніе идеи о принадлежности отдѣльнымъ лицамъ права требовать отъ государства охраны своихъ правъ только искажаетъ и затемняетъ туманными представленіями понятіе судебнаго процесса.

§ 67.

Организація судовъ представляется различной.

Гражданскіе суды бываютъ *единоличные* и *коллегіальные*, послѣдніе образуются изъ нѣсколькихъ лицъ, рѣшающихъ дѣла совмѣстно. Такими коллегіями являются германскіе (окружные суды) Landgerichte, равно и суды высшей инстанціи, единоличными судами являются Amtsgerichte (мировые суды). Дѣло поступаетъ въ первой инстанціи въ мировые суды или въ окружные, въ зависимости отъ важности и цѣны иска. Такая подсудность носитъ названіе *предметной* (sachliche Zuständigkeit)). Правилами *мѣстовой подсудности* (ortliche Zuständigkeit) опредѣляется, въ какомъ именно изъ многочисленныхъ мировыхъ или окружныхъ судовъ долженъ быть предъявленъ искъ.

Особенно важное значеніе имѣетъ порядокъ инстанцій, но объ этомъ будетъ еще рѣчь ниже. Такимъ образомъ окружный судъ является высшей инстанціей по отношенію къ суду мировому, а высшей инстанціей по отношенію къ окружному суду является Oberlandsgericht (судебная палата) и, наконецъ, самую высшую ступень занимаетъ единый германскій Reichsgericht.

§ 68.

Государственная помощь въ дѣлѣ защиты правъ проявляется въ утвержденіи и принужденіи; значеніе утвержденія сводится къ тому, что извѣстное юридическое отношеніе не только, такъ сказать, раскрывается, обнаруживается въ убѣдительной для государственной дѣятельности формѣ, но и утверждается, какъ положительное право, такъ что рѣшеніемъ суда создается извѣстное юридическое отношеніе, если оно не возникло прежде. Отсюда слѣдуетъ, что возможны такіе случаи, когда послѣдствіемъ судебнаго приговора явится измѣненіе права, напр., въ той мѣрѣ, въ которой данное рѣшеніе несправедливо. Это служитъ лишнимъ аргументомъ, доказывающимъ неправильность теоріи о правѣ на защиту,— отличительной чертой суда, какъ публично-правовой дѣятельности государства, является именно его превалирующее значеніе по отношенію къ праву отдѣльной личности, судебное рѣшеніе пересиливаетъ и отстраняетъ право личности, если находится съ нимъ въ противорѣчіи. Судебному рѣшенію презумируется значеніе истины—res judicata pro veritate habetur.

Принужденіе есть вторженіе государства въ частную жизнь и частныя юридическія отношенія отдѣльной личности. Принужденіе служитъ средствомъ къ осуществленію права; ему можетъ предшествовать утвержденіе, но это не составляетъ необходимаго условія, потому что, подобно тому какъ прежде прибѣгали къ самопомощи съ цѣлью осуществленія не утвержденныхъ правъ, встрѣчаются и теперь такіе случаи, когда государство принимаетъ извѣстныя принудительныя мѣры еще до утвержденія или до окончанія утвержденія даннаго права.

Однако, такой порядокъ свободенъ отъ присущихъ самопомощи недостатковъ, потому что данныя принудительныя дѣйствія являются выраженіемъ государственной помощи, государство же не приступаетъ къ дѣятельности произвольно, а только съ соблюденіемъ извѣстныхъ мѣръ предосторожности, смягчающихъ характеръ такого вторженія.

Принужденіе бываетъ различныхъ родовъ,—прежде господствовало принужденіе надъ личностью, позднѣе пріобрѣло первенствующее значеніе принужденіе, направленное на имущество.

§ 69.

Судебный процессъ носитъ характеръ *юридическаго отношенія между двумя сторонами*, нападающей (задѣвающей) и обороняющейся (задѣтой), разыгрывающагося предъ судомъ и воздѣйствующаго на него. Это юридическое отношеніе не получаетъ немедленнаго разрѣшенія, множество привходящихъ посредствующихъ моментовъ протягиваютъ его. Поэтому въ судебномъ процессѣ имѣютъ мѣсто такія юридическія дѣйствія, какъ состязающихся сторонъ, такъ и самого суда, значеніе которыхъ сводится къ постепенному достиженію цѣли процесса; этимъ объясняется выраженіе *стадія процесса* или *процессуальная ситуація*, служащее обозначеніемъ извѣстныхъ послѣдовательныхъ положеній подлежащаго разрѣшенію дѣла, дающихъ суду возможность выработывать себѣ правильный взглядъ по данному вопросу и постановить справедливое рѣшеніе. Развитіе процессуальнаго отношенія носитъ характеръ духовной борьбы, въ которой одна сторона, какъ выше было сказано, нападаетъ, а другая защищается; я говорю *духовная* борьба, потому что, если реальная борьба и уступила мѣсто мирному разрѣшенію споровъ, то борьба интеллекта, борьба духовная продолжается и понынѣ и только она можетъ привести къ цѣли.

Гдѣ борьба—тамъ возможна и помощь въ борьбѣ, таковой является заступничество (Intervention); заступиться, т. е.

помочь одной изъ сторонъ, можетъ лицо, для котораго разрѣшеніе процесса представляетъ извѣстный интересъ.

Раскрытіе сущности судебнаго процесса, какъ извѣстнаго юридическаго отношенія и конструкція отдѣльныхъ процессуальныхъ дѣйствій на основаніи этого изученія, составляетъ предметъ науки о судебномъ процессѣ; изложеніе процесса безъ такого проникновенія въ сущность его является только утилитарнымъ фактическимъ описаніемъ безъ правовой обработки и потому не заслуживаетъ названія науки. Вотъ почему наука о судебномъ процессѣ возникла только очень недавно; все то, что сообщали о процессѣ прежніе ученые, до этого познанія юридической сущности процесса, не можетъ называться наукой; другіе народы, кромѣ нѣмцевъ, равнымъ образомъ не знаютъ науки о процессѣ,—ни у французовъ, ни у англичанъ мы не находимъ ничего, кромѣ описанія процессуальныхъ дѣйствій подобно той отрасли зоологіи, которая называется описательной и единственная задача которой заключается въ описаніи различныхъ видовъ животныхъ и дѣятельномъ замариновываніи и консервировкѣ въ цѣляхъ будущихъ новыхъ описаній.

§ 70.

Представленный тяжущимися сторонами процессуальный матеріалъ служитъ судьѣ главнымъ основаніемъ для его рѣшенія, но этотъ матеріалъ не является единственнымъ, потому что судья можетъ и помимо этого имѣть извѣстныя свѣдѣнія, которыя помогаютъ ему разрѣшить данный процессъ. Вопросъ о взаимномъ соотношеніи матеріала, представленнаго сторонами, и офиціальнаго матеріала, собраннаго самимъ судьей, является вопросомъ первостепеннаго значенія. Своеобразный характеръ нашихъ жизненныхъ отношеній, все болѣе запутывающихся и сложныхъ, создающихъ часто тайныя измѣненія въ правоотношеніяхъ, привелъ къ тому, что наибольшее значеніе придается матеріалу, собранному сторонами. Во всякомъ случаѣ, судья никогда не мо-

жетъ быть ограниченъ и стѣсненъ въ своемъ bon sens, т. е. во взглядахъ, сложившихся въ немъ благодаря разумной наблюдательности и жизненному опыту; эти взгляды и убѣжденія даютъ ему возможность выводить изъ даннаго факта тѣ или другія заключенія и объяснить себѣ одно явленіе на основаніи другого. Въ этомъ отношеніи желательно какъ можно больше такого bon sens у судьи, и было бы очень печально, если бы судью подчиняли въ данномъ случаѣ господству сторонъ. Судья можетъ принимать за истину все то, что почитается таковой каждымъ разумнымъ, интеллигентнымъ человѣкомъ, потому что изъ этихъ основныхъ предположеній истинности черпаетъ свои силы bon sens. Но и въ отношеніи оцѣнки, изслѣдованія и обсужденія отдѣльныхъ фактическихъ данныхъ, надо позволить судьѣ считать истиннымъ то, что естественно понимается, какъ таковое, всякимъ другимъ человѣкомъ одинаковой съ нимъ ступени развитія, вооруженнымъ только здоровыми пятью чувствами. Говоря о фактахъ, мы понимаемъ подъ этимъ достовѣрныя фактическія данныя (notorische Thatsachen), но всякіе пустые слухи, толки, сплетни, не поддающіеся контролю, не должны приниматься въ разсчетъ судьей, если они дошли до его свѣдѣнія; онъ не долженъ также пользоваться для выработки своего убѣжденія какими нибудь непровѣренными поверхностными впечатлѣніями, это подало бы поводъ къ всевозможнымъ заблужденіямъ, такъ какъ впечатлительность и наблюдательность нерѣдко бываютъ ослаблены и затуманены.

Матеріаломъ для процесса являются не только фактическія данныя, но и *доказательства.*

Указаніе на положительные факты и ознакомленіе съ ними могутъ иногда быть настолько убѣдительны, что судья на основаніи ихъ въ состояніи выработать себѣ опредѣленное и точное мнѣніе, но если дѣло обстоитъ иначе, то остается только представлять судьѣ какіе-либо доводы, могущіе обосновать въ немъ убѣжденіе въ правотѣ истинности доказываемаго, т. е. дать ему основанія для сужденія; такія данныя, могущія служить основой для выработки судейскаго убѣжденія, называются *средствами доказыванія* (Beweismittel). Глав-

ной основой убѣжденія судьи является, конечно, его личное непосредственное воспріятіе, возможность котораго обусловлена *нагляднымъ* ознакомленіемъ судьи съ предметомъ спора. Разумѣется, это далеко не всегда возможно, такъ какъ очень часто данныя, имѣющія существенное значеніе для процесса, совершились въ прошломъ. Въ такихъ случаяхъ *свидѣтельскія показанія* составляютъ неизбѣжное, хотя нерѣдко сомнительное, средство доказыванія. Свидѣтелями называются лица, которыя непосредственно восприняли извѣстныя событія и которыя должны на судѣ сообщить о воспринятыхъ ими впечатлѣніяхъ. Эти впечатлѣнія могутъ имѣть своимъ предметомъ не только реальныя вещи и событія, но и данныя, такъ сказать, внутренняго характера, напр., извѣстныя ясно сознаваемыя свидѣтелемъ чувства или увѣренность. Въ основѣ свидѣтельскихъ показаній лежитъ извѣстное впечатлѣніе, воспринятое непосредственнымъ наблюдателемъ, и доказательная сила такого впечатлѣнія конечно имѣетъ существенное значеніе для судьи.

Аналогичное свидѣтельскимъ показаніямъ средство доказыванія представляетъ *экспертиза*. Эксперты не воспроизводятъ ранѣе воспринятаго впечатлѣнія. но подвергаютъ данныя обстоятельства технической провѣркѣ и должны сообщить судьѣ свои техническія убѣжденія, почерпнутыя изъ этого изслѣдованія.

Прекраснымъ средствомъ доказыванія являются *документы*, но они нерѣдко создаются искусственно съ исключительной цѣлью послужить доказательствомъ. Документомъ мы называемъ изъявленіе мысли или воли, упроченное и закрѣпленное при помощи долговѣчныхъ вещественныхъ знаковъ; значеніе его сводится къ тому, что судья при видѣ этихъ знаковъ можетъ быть такъ же убѣжденъ, какъ если бы онъ непосредственно видѣлъ данную личность пишущей и закрѣпляющей знаки.

Вотъ все, что можно въ общихъ чертахъ сказать о доказательственномъ матеріалѣ.

Весьма важное значеніе въ дѣлѣ воздѣйствія на убѣжденіе судьи представляетъ собой возможность прибѣгнуть къ посредствующимъ способамъ доказыванія, въ томъ случаѣ,

когда извѣстное обстоятельство не можетъ быть доказано непосредственнымъ путемъ: можно доказать какое либо обстоятельство, изъ котораго съ вѣроятной послѣдовательностью вытекаетъ другое обстоятельство и составляющее именно цѣль доказательства. Такіе посредствующіе способы доказыванія называются косвенными доводами, уликами (Indizien, Inzichten). Возможность умозаключеній и выводовъ, основанныхъ на косвенныхъ доказательствахъ, обусловлена извѣстнымъ соотношеніемъ, наблюдаемымъ въ жизненныхъ явленіяхъ, взаимной зависимостью ихъ дѣйствій и существующей между ними причинной связью; однако эта взаимная зависимость часто не носитъ характера неизбѣжности и нерѣдко нарушается привхожденіемъ различныхъ случайностей, такъ что, если косвенныя улики и представляютъ собой извѣстную степень вѣроятности, онѣ все же не могутъ породить абсолютной увѣренности, такъ какъ не исключаютъ возможности различныхъ выводовъ, напр., изъ обнаруженія кровяныхъ пятенъ на одеждѣ даннаго лица нельзя съ увѣренностью заключить, что именно онъ является убійцей. Но цѣлый рядъ совпадающихъ косвенныхъ уликъ повышаетъ степень вѣроятности и можетъ поднять ее даже до уровня увѣренности.

Совершенно въ сторонѣ отъ вышеупомянутыхъ способовъ и средствъ доказыванія стоитъ *присяга тяжущихся* въ нашемъ процессѣ,—этотъ устарѣлый по формѣ и значенію остатокъ древней системы Божественныхъ доказательствъ. Раціональна въ этомъ отношеніи только система, дозволяющая допросъ сторонъ, подкрѣпленный присягой, и считающая эти, подтвержденныя присягой, показанія средствомъ свободнаго воздѣйствія на убѣжденіе судьи. Но, вмѣсто такого положенія, въ нашемъ германскомъ процессѣ мы встрѣчаемся съ правиломъ, что присяга сторонъ связываетъ судью; болѣе того, если одна сторона, долженствующая подтвердить свои показанія присягой, отказывается отъ этого, судья обязанъ, независимо отъ сложившагося въ немъ убѣжденія, признать эту сторону неправой. Этотъ устарѣлый институтъ присяги сохранился въ двухъ видахъ,—во первыхъ, въ формѣ присяги по предложенію одной стороны, требующей отъ противной

стороны принесенія присяги и обязывающей ее тѣмъ самымъ присягнуть или отказаться, во вторыхъ, въ формѣ присяги, возлагаемой по требованію судьи. Своеобразно и въ высшей степени странно постановленіе нашего процесса, согласно которому присяга по правиламъ приносится не передъ, а послѣ произнесенія рѣшенія, причемъ послѣднее носитъ временно условный характеръ.

§ 71.

Способъ изложенія процессуальнаго матеріала сообщаетъ судебному процессу тотъ или иной характеръ. Естественный порядокъ въ данномъ отношеніи состоитъ въ непосредственномъ изложеніи тяжущимися сторонами обстоятельствъ дѣла предъ судьей, такое судопроизводство называется (*устнымъ*, словеснымъ) *состязательнымъ*; первоначально судебный процессъ всегда носилъ словесный характеръ. Постепенно въ эпоху расцвѣта бюрократизма развился *письменный* порядокъ судопроизводства, господствовавшій въ нѣмецкомъ судебномъ процессѣ, начиная съ XVI столѣтія. Теперь этотъ порядокъ рухнулъ, судебный процессъ носитъ опять состязательный характеръ, и только словесныя объясненія имѣютъ силу. Нѣкоторыя юридическія дѣйствія, въ видѣ исключенія, попрежнему должны быть облечены въ письменную форму, кромѣ того существуетъ извѣстный порядокъ для закрѣпленія словесныхъ объясненій и для подготовки къ нимъ. Эта письменная подготовка особенно необходима въ судебномъ процессѣ съ обязательнымъ участіемъ повѣренныхъ (Anwaltsprocess), въ которомъ тяжущіяся стороны не выступаютъ непосредственно, а замѣщены своими повѣренными; такой порядокъ предписывается для процессовъ, ведущихся въ такъ назыв. коллегіальныхъ судахъ, такъ какъ здѣсь желательно, чтобы на разрѣшеніе судей представлялся процессуальный матеріалъ уже въ обработанномъ видѣ. Въ судебномъ процессѣ, съ обязательнымъ участіемъ повѣренныхъ, стороны должны обмѣняться такъ назыв. подготовительными бумагами, т. е. повѣренные

должны извѣстить другъ друга о тѣхъ данныхъ, которыя будутъ ими представлены къ извѣстному назначенному сроку, для того, чтобы каждый могъ подготовиться къ возраженіямъ.

Для словесныхъ объясненій назначаются опредѣленные *моменты времени* (Termine), въ которые тяжущіяся стороны являются къ судьѣ и излагаютъ обстоятельства спора. Для тѣхъ процессуальныхъ дѣйствій, для коихъ предписана письменная форма, назначаются *сроки*, т. е. извѣстные *періоды времени*, въ теченіе которыхъ должны быть представлены бумаги.

§ 72.

Судебное рѣшеніе создаетъ право, оно пересиливаетъ право, если находится съ нимъ въ противорѣчіи. Для того, чтобы положить конецъ спору, судебное рѣшеніе въ интересахъ общественнаго успокоенія должно являться *окончательнымъ*, даже въ томъ случаѣ, если оно неправильно. Однако, въ цѣляхъ достиженія возможно справедливыхъ результатовъ, существуютъ извѣстныя юридическія средства, о которыхъ рѣчь будетъ ниже.

Споръ разрѣшается судебнымъ *приговоромъ*, такъ назыв. окончательнымъ приговоромъ, являющимся заключительнымъ моментомъ процесса и дающимъ отвѣтъ на возбужденную жалобу; такой приговоръ называется *окончательнымъ матеріальнымъ приговоромъ*. Не всегда однако споръ получаетъ окончательное матеріальное разрѣшеніе, такъ какъ въ случаѣ отсутствія какого либо основного условія процесса, онъ заканчивается только чисто формальнымъ разъясненіемъ, безъ матеріальнаго рѣшенія, напр., въ случаѣ неподсудности, процессуальное отношеніе прекращается безъ прекращенія спорнаго правоотношенія, процессъ не идетъ дальше, но споръ по существу не разрѣшается, да и не можетъ быть разрѣшенъ за отсутствіемъ соотвѣтствія съ извѣстными законными процессуальными требованіями, въ приведенномъ случаѣ за неподсудностью. Такія неразрѣшающіяся дѣла по су-

ществу приговоры называются процессуальными окончательными приговорами. Окончательному матеріальному рѣшенію могутъ предшествовать частью процессуальные, частью матеріально-правовые промежуточные приговоры, преслѣдующіе главнымъ образомъ цѣль частичнаго разрѣшенія спорнаго вопроса и способствующіе, такимъ образомъ, облегченію окончательнаго разъясненія дѣла. Болѣе значительныя процессуальныя затрудненія разрѣшаются путемъ промежуточныхъ приговоровъ, менѣе важныя—путемъ частныхъ *опредѣленій* (Beschlüsse). Всѣ приговоры, какъ промежуточные, такъ и окончательные, должны быть облечены въ опредѣленную форму, въ частности они должны имѣть мотивировку и объявляться изустно, они обязательны для судьи и по объявленіи не могутъ быть имъ измѣняемы; это правило не распространяется на частныя опредѣленія.

§ 73.

Особенно своеобразное явленіе, развившееся самостоятельно и независимо въ разныхъ частяхъ свѣта, представляютъ изъ себя юридическія вспомогательныя средства, дающія возможность представить уже разрѣшенный споръ на новое разрѣшеніе суда. Это явленіе объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что судебное рѣшеніе постановляется подъ разрѣшительнымъ условіемъ, а условіе это наступаетъ тогда, когда упомянутое юридическое средство успѣшно осуществлено.

Такимъ путемъ достигается возможно бо̀льшая гарантія правильности судебнаго рѣшенія, такъ какъ обжалованіемъ обусловливается новое разсмотрѣніе спорнаго правоотношенія и дается возможность исправить прежніе промахи.

Упомянутыя юридическія вспомогательныя средства, выражающіяся въ обжалованіи, переносятъ споръ въ другой, высшій судъ; этимъ объясняется выраженіе *инстанціи* и наименованіе судовъ судами первой, второй и третьей инстанціи. Помимо этой общей всякому обжалованію черты—пе-

реноса дѣла въ высшую инстанцію, характеръ различныхъ родовъ обжалованія неодинаковъ. Если обжалованіемъ достигается перерѣшеніе, новое разсмотрѣніе дѣла по существу, причемъ разрѣшается даже представленіе новаго процессуальнаго матеріала, то такое обжалованіе называется *апелляціей* (Berufung). Въ Германіи апелляція допускается на рѣшенія Amtsgerichte, и тогда дѣло по апелляціонной жалобѣ переносится въ Landgericht, постановляющій въ составѣ 3 судей окончательное рѣшеніе. Если дѣло разсматривается въ первой инстанціи въ Landgericht'ѣ, то по апелляціонной жалобѣ оно переходитъ въ Oberlandesgericht, постановляющій окончательное рѣшеніе въ составѣ 5 судей.

Другой родъ обжалованія представляетъ собой такъ назыв. *кассація*; судъ высшей инстанціи, въ который переходитъ дѣло по кассаціонной жалобѣ, уполномоченъ только къ частной провѣркѣ, онъ долженъ только провѣрить, не были ли допущены въ прежней инстанціи какія нибудь правонарушенія, касающіяся самого веденія процесса, или примѣненія матеріальныхъ законоположеній къ разрѣшенію даннаго дѣла.

Процессуальныя правонарушенія на-лицо въ томъ случаѣ, если судъ нарушилъ формы и обряды судопроизводства путемъ ли неправильнаго ихъ толкованія, или незнанія, или, наконецъ, случайнаго упущенія ихъ изъ виду. Кассаціонная жалоба можетъ быть подаваема только на рѣшеніе Oberlandesgericht'а и въ обычномъ порядкѣ только по искамъ не ниже 1500 марокъ; кассаціонной инстанціей является Reichsgericht и только въ Баваріи, въ извѣстныхъ случаяхъ, таковою является высшій Landesgericht въ Мюнхенѣ.

Кассаціонный судъ можетъ постановить новое рѣшеніе, если къ тому представляется достаточно матеріала и если нарушеніе, допущенное судомъ низшей инстанціи, выражается только въ ошибкѣ при постановленіи рѣшенія; въ остальныхъ случаяхъ кассаціонный судъ можетъ только отмѣтить нарушеніе, уничтожить рѣшеніе и передать дѣло для новаго разсмотрѣнія въ прежнюю инстанцію.

§ 74.

Для нѣкоторыхъ дѣлъ установленъ особый порядокъ судопроизводства, такъ, напр., для дѣлъ брачныхъ. Въ брачныхъ дѣлахъ судъ поставленъ въ отношеніи процессуальнаго матеріала въ возможно-независимыя условія: онъ можетъ добывать матеріалъ по своей иниціативѣ, онъ можетъ не считаться съ признаніями сторонъ. Это независимое положеніе судьи основано на соображеніяхъ о желательности устраненія неправильныхъ рѣшеній, вызванныхъ сообщеніемъ ложныхъ свѣдѣній и признаній; если бы судьѣ не было предоставлено, напр., въ брачныхъ дѣлахъ, право независимой оцѣнки и самостоятельнаго собиранія процессуальнаго матеріала, то возможны были бы случаи расторженія брака при отсутствіи реальныхъ условій этого расторженія, случаи неправильнаго признанія брака недѣйствительнымъ или, наоборотъ, сокрытія такой недѣйствительности. Подобные случаи рѣзко противорѣчили бы основнымъ принципамъ германскихъ законовъ о бракѣ. Вотъ почему въ этихъ дѣлахъ допускается участіе прокурора, дѣйствующаго въ качествѣ помощника судьи или (въ дѣлахъ о признаніи брака недѣйствительнымъ) въ качествѣ стороны или третьяго лица [1]).

Своеобразнымъ характеромъ отличается также *производство по безспорнымъ документамъ* (Urkundenprozess). Это производство развилось одновременно съ возникновеніемъ такъ назыв. безспорныхъ документовъ. Когда въ эпоху средневѣковаго права запрещена была самопомощь, дозволено было составлять такіе документы, согласно которымъ одна сторона подчинялась немедленному приведенію въ исполненіе другой стороны своихъ правъ – такъ назыв. безспорные документы (vollstreckbare Urkunde). Такіе безспорные документы существуютъ и теперь въ нашемъ уставѣ гражданскаго су-

---

[1]) Аналогичный порядокъ такъ назыв. иниціативы ex officio, съ правомъ судьи на самостоятельное собираніе доказательствъ, существуетъ въ административныхъ судахъ.

допроизводства, они только должны быть составлены у нотаріуса или предъ судомъ. Для частныхъ неоффиціальныхъ документовъ, особенно для векселей, такой порядокъ былъ бы несоотвѣтственнымъ. Въ отношеніи этихъ документовъ развился другой порядокъ, а именно, искъ подается въ порядкѣ производства по безспорнымъ документамъ, такимъ образомъ отвѣтчикъ ограниченъ въ своихъ возраженіяхъ, но истецъ обязанъ представить въ подтвержденіе всѣхъ исковыхъ требованій документы. Вслѣдствіе такого ограниченія, рѣшеніе носитъ только предварительный характеръ, такъ что отвѣтчикъ можетъ представить при послѣдующемъ судебномъ разбирательствѣ свои возраженія.

Въ связи съ прежнимъ производствомъ, основаннымъ на самопомощи, существуетъ у насъ такъ назыв. Mahnverfahren (производство извѣстительное), заключающееся въ томъ, что отвѣтчику посылается заявленіе съ предложеніемъ уплатить, причемъ онъ можетъ спорить и не соглашаться съ этимъ требованіемъ. Если отвѣтчикъ въ опредѣленный срокъ не возражаетъ противъ заявленнаго ему предложенія, то заявленіе получаетъ безусловное значеніе и подлежитъ немедленному приведенію въ исполненіе.

Безспорный документъ и безспорное (т. е. вошедшее въ законную силу или объявленное предварительно подлежащимъ исполненію) судебное рѣшеніе являются Vollstreckungstitel, т. е. уполномочиваютъ къ приведенію въ исполненіе.

§ 75.

Приведеніе въ исполненіе (или просто *исполненіе*— Vollstreckung) есть осуществленіе права при помощи *принужденія*. Прежде принужденіе, согласно съ характеромъ обязательственнаго права, направлялось преимущественно противъ личности. Въ наше время личное принужденіе примѣняется только въ исключительныхъ случаяхъ, обыкновенно же принужденіе бываетъ направлено на имущество.

Въ отношеніи *денежныхъ претензій* прибѣгаютъ къ за-

логовому праву—имущества, цѣликомъ или въ составныхъ частяхъ, закладываются (налагается арестъ), а затѣмъ использовываются, реализуются. Реализація матеріальныхъ движимыхъ вещей осуществляется большей частью посредствомъ отчужденія, а по отношенію къ требованіямъ (претензіямъ) она совершается путемъ непосредственнаго по онымъ взысканія самимъ кредиторомъ, въ интересахъ коего наложить арестъ. Принужденіе, направленное на недвижимое имущество, на поземельные участки, носитъ специфическій характеръ: на поземельные участки налагается запрещеніе, и запрещеніе это вносится въ ипотечную книгу, поземельный реестръ (Grundbuch); самое использованіе обыкновенно происходитъ путемъ судебной продажи съ публичнаго торга, причемъ ипотечные кредиторы должны быть привлечены къ торгу.

Если подлежащія осуществленію въ судебномъ порядкѣ притязанія выражаются не въ *денежныхъ претензіяхъ*, то принужденіе принимаетъ иную форму: подлежащія передачѣ вещи отбираются отъ ихъ незаконнаго владѣльца, изъемлются изъ его обладанія.

Принужденіе направляется противъ личности только въ исключительныхъ случаяхъ, а именно, если она обязалась выполнить какое нибудь дѣйствіе, зависящее всецѣло отъ ея воли и не носящее характера работы, услуги, напр. произвести разсчетъ, принести присягу; въ этихъ случаяхъ должникъ можетъ быть принужденъ даже путемъ тюремнаго заключенія въ размѣрѣ до 6 мѣсяцевъ къ исполненію той дѣятельности, которой требуетъ отъ него правопорядокъ.

§ 76.

Исполненіе судебныхъ рѣшеній по денежнымъ претензіямъ принимаетъ особый характеръ, если оно сводится къ распредѣленію *всего* имущества должника; въ этихъ случаяхъ оно называется конкурсомъ. Конкурсъ преслѣдуетъ цѣль выясненія и упроченія положенія кредиторовъ и возможно

равномѣрнаго распредѣленія между ними потерь; вотъ почему конкурсъ учреждается въ тѣхъ случаяхъ, когда можно ожидать помянутыхъ потерь, слѣдовательно при несостоятельности должника, т. е. когда финансовое положеніе должника таково, что онъ не можетъ удовлетворить претензіи всѣхъ кредиторовъ, имѣющихъ право требовать платежа и желающихъ получить таковой. Конкурсъ порождаетъ различныя своебразныя отношенія: a) кредиторамъ предоставляется родъ *права самопомощи*, выражающагося въ томъ, что имущество должника переходитъ, въ лицѣ управляющаго конкурсомъ, въ ихъ руки; b) въ конкурсѣ принимаютъ участіе и такіе должники, претензіи которыхъ еще не признаны судебнымъ рѣшеніемъ, которые вообще не обладаютъ какимъ либо документомъ, уполномочивающимъ на взысканіе; однако, они должны принять необходимыя мѣры для того, чтобы въ возможно скоромъ времени добиться такого признанія или представить документы, по крайней мѣрѣ въ случаяхъ, когда со стороны кредиторовъ или управляющаго конкурсомъ поднимутся какія нибудь возраженія; c) всѣ претензіи, предъявленныя конкурсу, должны быть переведены на деньги, ибо лишь этимъ путемъ возможно достигнуть равномѣрности въ распредѣленіи имущества должника между кредиторами, устанавливая извѣстное процентное отношеніе въ удовлетвореніи всѣхъ претензій; d) существуютъ различныя правила относительно предъявленія кредиторами своихъ претензій конкурсу, такъ какъ при распредѣленіи конкурснымъ управленіемъ имущества должника принимаются въ разсчетъ только претензіи, предъявленныя конкурсу. Прежде запоздавшіе представленіемъ своихъ требованій кредиторы даже совсѣмъ исключались и лишались права на полученіе удовлетворенія, но теперь этотъ порядокъ не существуетъ болѣе.

Своебразнымъ институтомъ конкурса является такъ называемая принудительная мировая сдѣлка (Zwangsvergleich); заключается она въ томъ, что опредѣленное большинство кредиторовъ можетъ установить извѣстныя новыя нормы, дѣйствію которыхъ подчиняются всѣ кредиторы; такая норма можетъ заключаться въ томъ, что должнику предоставляются

отсрочки платежа, или въ томъ, что ему прощается часть долга. На первый взглядъ можетъ показаться, что мы встрѣчаемся здѣсь какъ бы съ насиліемъ, но это насиліе именно только кажущееся, потому что принудительная мировая сдѣлка въ большинствѣ случаевъ ставитъ кредиторовъ въ болѣе выгодное положеніе, чѣмъ то, которое они занимали бы по окончаніи конкурснаго процесса. Такъ, напр., если по разсчетамъ можно ожидать, что по заключеніи конкурснаго производства, за вычетомъ расходовъ по конкурсу, въ пользу кредиторовъ очистится только 10%, то подчасъ оказывается выгоднѣе заключить мировую сдѣлку на 15%, въ случаѣ посторонней гарантіи въ этомъ отношеніи. Разница заключается, правда, въ томъ, что въ первомъ случаѣ остальные 90% можно впослѣдствіи вытребовать съ должника, тогда какъ по заключеніи мировой сдѣлки остальныхъ 85% требовать нельзя, но эта разница чисто теоретическая, такъ какъ большей частью кредиторамъ не удается получить остальныхъ 90%, ибо должникъ обыкновенно никогда не поправляетъ своего матеріальнаго положенія настолько, чтобы быть въ состояніи ихъ выплатить. Такимъ образомъ практическій результатъ мировой сдѣлки сводится къ полученію лишнихъ 5%, по сравненію съ тѣми суммами, кои причитались бы на долю каждаго кредитора по окончаніи конкурснаго производства. Вотъ почему принудительная мировая сдѣлка не только дозволяется, но даже поощряется, и на нее смотрятъ какъ на желательный и благодѣтельный институтъ. Кромѣ того, мировая сдѣлка даетъ должнику большую возможность поправить свои дѣла, и по одному этому она является цѣннымъ общественнымъ институтомъ.

2. Уголовное право.

§ 77.

Уголовное право (въ субъективномъ смыслѣ) есть покоящееся на *наказаніи* верховное право государства, существующее для охраны общественныхъ интересовъ въ тѣхъ

случаяхъ, когда наказаніе кажется справедливымъ и остальныя вспомогательныя средства признаны недостаточными.

Наказаніе есть *страданіе*, налагаемое на личность за отвѣтственное дѣяніе; оно должно быть справедливо и вмѣстѣ съ тѣмъ должно преслѣдовать цѣль воздѣйствія на самого преступника, а также устрашенія окружающихъ, для того чтобы оградить общество отъ повторенія подобныхъ дѣяній.

Справедливость кары предполагаетъ способность личности быть отвѣтственной, а эта отвѣтственность зиждется на предположеніи о *свободѣ воли*. Если воля механически направляется къ опредѣленной цѣли, то не можетъ быть рѣчи объ отвѣтственности, и всякая кара являлась бы несправедливостью.

Отвѣтственное дѣяніе, требующее кары, составляетъ *уголовно-правовую вину*: вина существуетъ только тогда, когда данное лицо могло бы дѣйствовать иначе,—въ тѣхъ случаяхъ, когда исключена возможность иного дѣйствія, уголовное право опускаетъ свой мечъ.

Не мало напрасныхъ усилій было затрачено на разрѣшеніе вопроса о свободѣ воли; всѣ старанія были тщетны потому, что изслѣдователи упускали изъ виду то обстоятельство, что идея свободы воли совмѣстима только съ идеалистическимъ міровоззрѣніемъ и совершенно необъяснима съ точки зрѣнія міровоззрѣнія механическаго. Вотъ почему нельзя обсуждать основныя проблеммы уголовнаго права безъ предварительнаго обоснованія его на какой либо единой, общей системѣ міросозерцанія. Но философское міровоззрѣніе является не дѣломъ вѣры, какъ это думали раньше, а результатомъ изслѣдованій и знанія, поэтому совершенно неправильно полагать, будто одинъ только позитивизмъ, опирающійся исключительно на явленія, доступныя чувственнымъ воспріятіямъ, можетъ служить основой для научныхъ изысканій.

Совершенно неправильно мнѣніе, будто въ основѣ механическаго міровоззрѣнія лежитъ достовѣрное знаніе; механическое міровоззрѣніе есть въ сущности такая же гипотеза, какъ и другія міровоззрѣнія, мало того—оно представляетъ

собой гипотезу, совершенно непримиримую съ познавательными принципами духовной жизни и общественной эволюціи. Оно такая же гипотеза, какъ и предположеніе, будто вся органическая жизнь представляетъ собой только развитіе неорганическихъ силъ, такъ что жизнь растеній и животныхъ отличается будто отъ жизни минераловъ только большей сложностью и запутанностью. Современное естествовѣдѣніе пришло къ тому правильному заключенію, что для объясненія органическихъ явленій необходимо предположить существованіе особаго жизненнаго начала.

Основная ошибка механическаго міровоззрѣнія заключается въ томъ, что оно выводитъ всѣ свои заключенія изъ конечныхъ началъ, замыкаясь и отрекаясь отъ всего безконечнаго. Оно смотритъ на безконечное, въ крайнемъ случаѣ, какъ на нѣчто очень большое или очень малое; это заблужденіе сказывается въ самой странной формѣ во взглядахъ многихъ представителей и послѣдователей механическаго міропониманія. А между тѣмъ изученіе математики, самой точной и положительной науки, уже должно бы было убѣдить въ томъ, что безконечность представляетъ собою не только абстракцію человѣческаго мышленія, но и нѣчто дѣйствительно существующее или могущее существовать, ибо математика имѣетъ своимъ предметомъ только то, что можетъ существовать.

Свобода воли можетъ быть постигнута только при помощи идеи безконечности; *свободная воля есть нѣчто безконечное, не безпричинное, но подчиняющееся совершенно инымъ законамъ причинной связи, чѣмъ конечное.* Попытки критиковать идею свободы воли съ точки зрѣнія законовъ причинной связи такъ же неумѣстны и неправильны, какъ желаніе примѣнять законы физики къ изслѣдованію химическихъ явленій или законы тяжести и паденія тѣлъ къ изученію свѣтовыхъ явленій.

Аргументація противниковъ свободы воли выражалась, въ общихъ чертахъ, въ слѣдующемъ: воля возбуждается *мотивами*, и результатъ этого *возбужденія* можетъ быть съ достовѣрностью выведенъ изъ *характера*; дѣяніе есть нѣкоторымъ образомъ діагональ взаимодѣйствующихъ силъ характера и

побужденія, а такъ какъ обѣ эти силы представляютъ собой твердыя и постоянныя величины, то и дѣяніе достовѣрно и можетъ быть точно выведено.

Не признавать вліянія мотивовъ и желать оспаривать ихъ значеніе было бы грубымъ заблужденіемъ; неправильное пониманіе значенія мотивовъ въ уголовномъ правѣ повело къ совершенно превратнымъ, формалистическимъ сужденіямъ. Съ другой стороны, характеръ человѣка есть, несомнѣнно, нѣчто данное, положительное, и трудно допустить, чтобы характеръ, поскольку рѣчь идетъ о немъ, какъ о явленіи міра постигаемаго, былъ продуктомъ отвѣтственнаго творчества человѣка; такое предположеніе не разрѣшаетъ затрудненія, а только переноситъ его въ другую область.

Совершенно неправильно, однако, принятое даже Спинозой и Шопенгауэромъ предположеніе, будто между дѣйствіемъ, съ одной стороны, и характеромъ и мотивомъ, съ другой, существуетъ столь тѣсная причинная связь, что дѣйствіе управляется съ математической точностью мотивомъ и характеромъ; вѣрно только, что подъ вліяніемъ характера и вызваннаго мотивомъ побужденія возникаетъ опредѣленная *склонность* дѣйствовать въ извѣстномъ направленіи,—лишь въ этой мѣрѣ правильно сопоставленіе связи между мотивомъ и характеромъ, но результатъ ихъ взаимодѣйствія не выходитъ за предѣлы такой склонности. Здѣсь-то и привступаетъ свободная воля, здѣсь-то личности предоставляется побороть склонность и вступить на противоположный путь. Во всякомъ случаѣ, отклоненіе отъ обусловенной мотивомъ и характеромъ склонности возможно только въ извѣстныхъ границахъ и постольку справедливо отрицаніе абсолютнаго индетерминизма, считающаго человѣка безгранично произвольнымъ пловцомъ „безъ руля и безъ вѣтрилъ“ по безбрежному простору открытаго моря свободы воли. Такой абсолютный индетерминизмъ ведетъ въ бездонную пропасть, онъ не признаетъ выработки характера или, во всякомъ случаѣ, отрицаетъ за ней всякое значеніе; такое воззрѣніе противорѣчитъ нашему житейскому опыту, ясно указывающему намъ, что тотъ или другой поступокъ вовсе не можетъ быть совершенъ даннымъ, хорошо намъ извѣст-

нымъ человѣкомъ. Но внутри указанныхъ границъ человѣческой воли предоставленъ свободный путь, вотъ почему мы всегда можемъ всетаки сказать, что будущій поступокъ, такъ сказать, колеблется между двумя точками

a [illegible] b,

но что между этими границами онъ можетъ вступить на различные пути, выборъ коихъ обусловливается свободой воли, т. е. привходящимъ въ причинную связь воздѣйствіемъ безконечности. Внутри данныхъ предѣловъ свободная воля можетъ двигаться по самымъ различнымъ направленіямъ, такъ, напр., при [illegible]

a α β γ δ . . . . b

она можетъ пройти въ точкахъ α, β, γ, δ и т. д.,—это и составляетъ область свободы воли, территорію ея господства.

Такимъ образомъ *совершенно неправильны оба воззрѣнія, какъ предположеніе о полной связанности воли, такъ и безграничный индетерминизмъ.*

Только такимъ путемъ можетъ быть объяснено вмѣненіе. Кто созданъ такъ, что необходимо долженъ двигаться по опредѣленному направленію или, даже въ случаѣ предоставленнаго ему выбора, не можетъ избѣжать сферы неправа, тотъ *невмѣняемъ*, къ тому мы не примѣняемъ нормъ уголовнаго права. Человѣкъ является невмѣняемымъ въ томъ случаѣ, когда воздѣйствіе его свободной воли подавлено безпорядочнымъ натискомъ смѣняющихся представленій или когда имъ овладѣваетъ непреодолимое стремленіе, которое ведетъ его съ гипнотической силой къ опредѣленной цѣли. Всѣ попытки объясненія вмѣняемости и невмѣняемости съ точки зрѣнія механическаго міровоззрѣнія оказались неудачными.

Вышеизложенное представляетъ собой основные принципы уголовнаго права съ точки зрѣнія такъ называемой *классической* школы; классической она можетъ быть названа постольку, поскольку она не оставляетъ въ сторонѣ результатовъ мышленія нашихъ великихъ философовъ и находитъ въ нихъ болѣе вѣрныя основы, нежели въ принесенныхъ извнѣ матеріализмѣ и позитивизмѣ.

Право, благодаря предпосылкѣ идеи свободы воли, при-

ходитъ въ соприкосновенiе съ нравственностью; въ данномъ отношенiи надо отмѣтить то существенное различiе, что право считается не съ *мыслями*, а съ *поступками*, мысли могутъ быть грѣшны, но только поступки могутъ носить характеръ вины, являющейся предметомъ уголовнаго права. Я не хочу этимъ сказать, что необходимой предпосылкой уголовнаго права является всегда законченное дѣянiе; таково было, правда, первоначально воззрѣнiе на этотъ счетъ, но культура не можетъ остановиться на подобномъ воззрѣнiи. Волеизъявленiе, не выразившееся еще въ дѣянiи, считается также наказуемымъ, поскольку оно носитъ характеръ обнаруженiя воли въ извѣстныхъ внѣшнихъ проявленiяхъ *(покушенiе)*. Основанiя этой наказуемости совершенно понятны: если такое обнаруженiе воли и не является пагубнымъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, то, во всякомъ случаѣ, оно вредно и опасно для общества, такъ какъ представляетъ собой стимулъ къ дальнѣйшей дѣятельности оставшагося безнаказаннымъ лица и, такъ сказать, приманкой для другихъ лицъ.

§ 78.

Не всякое дѣянiе, носящее характеръ вины (schuldhaft) наказуемо, а только то, которое затрагиваетъ *жизненныя блага человѣчества* и притомъ затрагиваетъ ихъ такимъ образомъ, что всѣ остальные способы общественной реакцiи недостаточны для подавленiя этого дѣянiя. Эти жизненныя блага, естественно, не остаются неизмѣнными для всѣхъ временъ, они измѣняются въ зависимости жизненныхъ отношенiй отъ условiй общественной жизни и отъ воззрѣнiй данной эпохи на эти условiя. Пока не существуетъ блага, заслуживающаго охраны, до тѣхъ поръ оно, разумѣется, и не можетъ быть охраняемо: только съ появленiемъ желѣзныхъ дорогъ или эксплоатацiи электричества возникаетъ потребность въ уголовно-правовой ихъ охранѣ, и прогрессъ общественной жизни влечетъ за собой постоянный прогрессъ уголовнаго права и постоянное увеличенiе числа наказуемыхъ дѣянiй.

Въ этомъ отношеніи прежде всего должно быть принято въ соображеніе народное міровоззрѣніе,—бо́льшая или меньшая цѣнность даннаго блага находится въ зависимости отъ этого міровоззрѣнія. Такъ, напр., воровство, по воззрѣніямъ народа, стоящаго на низкой ступени экономическаго развитія, является преступленіемъ гораздо менѣе тяжкимъ, чѣмъ съ точки зрѣнія народа, пріобрѣтательная дѣятельность котораго достигла значительнаго развитія.

Религіозныя воззрѣнія играютъ въ данномъ отношеніи, т. е. въ отношеніи оцѣнки жизненныхъ благъ, особенно крупную роль, и нѣкоторые поступки, которые намъ кажутся совершенно невинными, караются у иныхъ народовъ какъ самыя тяжкія, достойныя смертной казни, преступленія.

Тяжкія кары (сожженіе на кострѣ), назначавшіяся въ средніе вѣка за педерастію, находятся въ тѣсной зависимости отъ представленія, будто эти поступки тяжко оскорбляютъ и гнѣвятъ божество, почему совершившаго оные и должно было стереть съ лица земли.

Изъ всего сказаннаго выше явствуетъ, что уголовно-правовая охрана примѣняется для защиты такихъ жизненныхъ благъ, которыя считаются сто́ль существенными и важными, что всякія другія мѣры охраны представляются недостаточно обезпечивающими ихъ неприкосновенность.

Въ противоположность этому воззрѣнію, существуетъ и другое, не устанавливающее непосредственной связи между уголовнымъ правомъ и жизненными благами.

Въ то время какъ мы говоримъ: жизненныя блага не должны быть нарушаемы, и противъ ихъ нарушенія ополчается право въ гражданскомъ или уголовномъ порядкѣ,—противоположная теорія предполагаетъ постоянное существованіе особыхъ уголовно-правовыхъ заповѣдей, запрещающихъ тѣ или другія дѣйствія, и наказаніе, согласно этой теоріи, является только слѣдствіемъ нарушенія этихъ уголовно-правовыхъ заповѣдей, постулатовъ, только нарушеніе такого постулата можетъ составить преступленіе.

Этотъ постулатъ называютъ *нормой* и думаютъ, что сдѣлали новое открытіе. Въ дѣйствительности же, эта теорія

представляетъ собой безплодную игру понятіями, которая, однако, можетъ перестать носить безвредный характеръ съ того момента, когда ее кладутъ въ основу конструкцій и дѣлаютъ ее исходнымъ пунктомъ практическихъ юридическихъ заключеній. Въ дѣйствительности, норма представляется совершенно излишней,—уже гражданскому праву извѣстно, что жизненныя блага не должны нарушаться, для запрещенія такихъ нарушеній не нужны особыя заповѣди и постулаты. Норма не только излишня, но и вредна, потому что съ множествомъ подобныхъ нарушеній гражданское право само справляется, и если нѣкоторыя нарушенія поставлены подъ уголовную отвѣтственность, то вовсе не вслѣдствіе существованія какой либо особой нормы въ данномъ отношеніи, а просто потому, что для подавленія этихъ нарушеній недостаточно гражданско-правовой реакціи. Вопросъ о томъ, по отношенію къ какимъ нарушеніямъ гражданско-правовая реакція должна быть замѣнена уголовно-правовой, разрѣшается въ различныхъ государствахъ различно; такъ, напримѣръ, въ Германіи нарушеніе патентовъ и привилегій карается уголовнымъ порядкомъ, а въ нѣкоторыхъ странахъ оно преслѣдуется только въ гражданскомъ порядкѣ. Однако, примѣненіе въ данномъ случаѣ уголовной отвѣтственности отнюдь не покоится на особой нормѣ, потому что если, напримѣръ, американецъ нарушитъ въ Германіи патентное право, предполагая, что онъ отвѣчаетъ за это только въ гражданскомъ порядкѣ, какъ въ Соединенныхъ Штатахъ, онъ всетаки будетъ подвергнутъ уголовному наказанію, и ни одинъ судья не станетъ требовать отъ этого американца знанія особой „противности нормамъ“ (Normwidrigkeit) совершеннаго имъ дѣянія.

Норма имѣетъ значеніе только въ *одной* области, а именно въ области полицейскаго права. Государственное управленіе, споспѣшествующее достиженію самыхъ разнообразныхъ культурныхъ задачъ, осуществляетъ эти свои цѣли отчасти путемъ созданія различныхъ учрежденій для содѣйствія достиженію упомянутыхъ задачъ, отчасти же путемъ предписанія однихъ и запрещенія другихъ дѣйствій. Нарушеніе этихъ

предписаній и запрещеній представляетъ собой полицейское правонарушеніе; правонарушеніе карается въ данномъ случаѣ не какъ дѣйствіе вредное или опасное для міра жизненныхъ благъ, а какъ дѣяніе, находящееся въ противорѣчіи съ постановленіями (нормами) государства.

Эти предписанія и запрещенія носятъ сами по себѣ характеръ болѣе или менѣе произвольный; въ иныхъ случаяхъ возможны различные способы дѣйствія, но полицейскими предписаніями устанавливается именно тотъ или другой,— такъ, напримѣръ, можетъ быть предписано, чтобы экипажи во время ѣзды держались лѣвой или правой стороны, чтобы электрическіе провода были отмѣчены тѣмъ или инымъ образомъ, чтобы въ театрахъ были принимаемы тѣ или другія мѣры пожарной безопасности и т. п.

Этотъ произволъ неизбѣженъ, и также неизбѣжна для каждаго необходимость подчиняться и приноравливать свои дѣйствія къ избранному государствомъ въ данномъ направленіи масштабу; одно изъ двухъ: или *всѣ* экипажи должны во время ѣзды держаться лѣвой стороны, или *всѣ*—правой.

Въ данномъ отношеніи въ основу предписанія извѣстныхъ дѣйствій положены не жизненныя блага, а произведенный государствомъ, въ томъ или иномъ направленіи, выборъ, и на этихъ соображеніяхъ покоится изданное предписаніе.

Эти предписанія и запрещенія могутъ, по желанію, быть названы нормами, и тогда норма, при всемъ ея существенномъ для культуры значеніи, въ отношеніи уголовнаго права, играетъ въ высшей степени подчиненную роль.

§ 79.

Изъ числа жизненныхъ благъ преимущественное значеніе имѣютъ тѣ, которыя воплощаются въ фактическихъ, реальныхъ правахъ. Наиболѣе рельефными, ясно сознаваемыми правами являются *право на жизнь и здоровье, право на собственность*

и иныя имущественныя блага. Эти права должны быть неприкосновенны для постороннихъ, третьихъ лицъ, и нарушенія ихъ составляютъ предметъ наиболѣе частыхъ преступленій.

Было бы ошибочно предполагать, что только эти правовыя блага пользуются охраной уголовнаго права. Субъектомъ права является всегда личность, но существуютъ и безличные интересы человѣческой жизни и культурнаго порядка, которые необходимо должны пользоваться уголовно-правовой охраной. Такъ, напр., нельзя сказать, что забота объ охраненіи чистоты семьи представляетъ собѳй право, но семейный союзъ, въ интересахъ общечеловѣческихъ, въ интересахъ здоровья, долженъ быть охраняемъ отъ нарушеній его подъ вліяніемъ полового влеченія. Поэтому если законъ требуетъ чистоты брачныхъ отношеній и предписываетъ супружескую вѣрность, если онъ караетъ половыя сношенія между близкими родственниками, то въ основѣ такихъ карательныхъ постановленій лежитъ не нарушеніе права, а нарушеніе *общаго культурнаго интереса.*

Другую категорію жизненныхъ благъ представляютъ извѣстныя *культурныя учрежденія*, т. е. установленія, созданныя нашей культурой въ цѣляхъ споспѣшествованія жизненнымъ интересамъ общества; къ такимъ установленіямъ относятся, напримѣръ, деньги, документы, присяга, сюда же относится самая государственная организація.

Согласно вышеизложенному, можно различать, помимо полицейскихъ правонарушеній, три рода преступленій: 1) *направленныя противъ реальныхъ правъ*, 2) *направленныя противъ культурныхъ интересовъ* и 3) *имѣющія своимъ предметомъ учрежденія культурнаго строя.*

Всѣ эти интересы могутъ быть какъ нарушаемы, такъ и и подвергаемы опасности (gefährdet); причиненіе опасности можетъ быть также наказуемо, и степень такой наказуемости находится въ зависимости отъ значенія охраняемаго правопорядкомъ интереса. Нарушеніе заключается въ томъ, что жизненное благо послѣ нарушенія уменьшается въ размѣрахъ, а наступленіе опасности на-лицо въ томъ случаѣ, когда возникаетъ близость такого нарушенія. Строго говоря, подвер-

ганіе опасности должно также быть называемо нарушеніемъ,— если оно и не является непосредственнымъ нарушеніемъ самого жизненнаго блага, то, во всякомъ случаѣ, оно есть нарушеніе чувства обезпеченности обладанія и пользованія этимъ жизненнымъ благомъ. Вѣдь и въ нарушеніи принимается въ соображеніе не уменьшеніе жизненнаго блага самого по себѣ, а наше участіе въ этомъ благѣ и, сообразно съ этимъ, уменьшеніе степени нашего участія, обусловленное уменьшеніемъ наличныхъ размѣровъ жизненнаго блага.

Вотъ почему разсматриваются какъ нарушенія и такіе случаи, когда размѣры даннаго жизненнаго блага остаются сами по себѣ неизмѣнными, но оно изъемлется изъ нашего господства; напримѣръ, если я бросаю въ море рыбу, составляющую собственность моего сосѣда,—въ данномъ случаѣ я наношу ущербъ моему сосѣду, хотя рыба отъ такого поступка только выигрываетъ. Аналогично сказанному, чувство необезпеченности обладанія жизненнымъ благомъ является уже уменьшеніемъ, сокращеніемъ нашего правомочія, чего правопорядокъ не можетъ допустить.

Вопросъ о *реальности опасности* подвергался философской критикѣ, при этомъ говорилось, что если, несмотря на угрожающую опасность, жизненное благо остается нетронутымъ, то значитъ на-лицо было только субъективное необоснованное опасеніе, боязнь, вызванная близостью бѣды. Это разсужденіе, конечно, правильно, и если бы мы были всевѣдущи, то мы бы не боялись опасности, не придавали бы ей значенія и не принимали бы никакихъ мѣръ противодѣйствія этой опасности. Но такъ какъ мы лишены дара предвидѣнія будущаго, то близость опасности и боязнь наступленія бѣды представляютъ для насъ реальный ущербъ, эта опасность побуждаетъ насъ принять мѣры противодѣйствія, которыя, быть можетъ, окажутся впослѣдствіи излишними, но, съ нашей человѣческой точки зрѣнія, являются вполнѣ разумными и естественными. Къ этому надо прибавить еще слѣдующее соображеніе,—вѣдь лицо, вызывающее, создающее опасность, такъ же лишено дара предвидѣнія, какъ и то лицо, которому опасность угрожаетъ, и если онъ не

воздерживается отъ поступковъ, ставящихъ другого въ положеніе, граничащее съ пагубнымъ вредомъ, то послѣдствіемъ его поступковъ можетъ часто явиться дѣйствительный вредъ, такъ какъ онъ не въ состояніи опредѣлить, до какихъ предѣловъ будетъ развиваться дѣйствіе естественной причинной связи, первоначальный толчокъ которой данъ былъ его поступкомъ. Вотъ почему опасность носитъ для насъ объективный характеръ, она, съ одной стороны, приноситъ объективный вредъ лицу, которому она угрожаетъ, а, съ другой стороны, отмѣчаетъ гибельныя для правопорядка свойства дѣяній, подвергающихъ опасности жизненныя блага.

Вернемся теперь къ затронутому нами въ концѣ § 77 вопросу о *покушеніи*. Наказуемость покушенія основана на вышеизложенныхъ представленіяхъ о созданіи опасности, покушеніе наказывается не только потому, что преступникъ обнаружилъ злую волю, но и потому, что его дѣйствія въ общемъ, если и не въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, подрываютъ существованіе правопорядка.

Сказанное даетъ намъ возможность разрѣшить знаменитый вопросъ о *покушеніи съ негодными средствами*. Предполагалось, что только то покушеніе можетъ быть принято въ соображеніе, которое въ обычныхъ условіяхъ, безъ вмѣшательства особыхъ обстоятельствъ, могло бы повлечь за собой наступленіе событія, создать оконченное преступленіе. Такое заключеніе слишкомъ поспѣшно, ибо, какъ только-что было замѣчено, для сужденія о характерѣ каждаго дѣянія, надо принимать въ соображеніе не только опасность, возникающую въ каждомъ конкретномъ случаѣ, но вообще опасность для всего общества отъ такихъ поступковъ, угрожающихъ жизненнымъ благамъ. Если кто либо желаетъ отравить другого мышьякомъ и, по недосмотру, вмѣсто мышьяку дастъ ему сахаръ, то дѣяніе въ данномъ *отдѣльномъ* случаѣ *безвредно*, но опасно *вообще* желаніе отравить другого, потому что приведенная случайная ошибка не всегда повторяется съ неизбѣжностью. Совершенно безразлично также, даетъ-ли преступникъ, въ случаѣ, подобномъ указанному, извѣстное количество чистаго сахару или же сахаръ, смѣшанный съ

мышьякомъ, но въ такой пропорціи, что смѣсь эта неядовита и безвредна; желаніе провести различіе между *относительной* и *абсолютной негодностью* употребленнаго средства неправильно. Такъ точно совершенно безразлично, произвелъ ли я съ цѣлью посягательства на чужую жизнь выстрѣлъ изъ ружья, причемъ пуля по тѣмъ или другимъ причинамъ уклонилась отъ своего направленія, или же ружье дало осѣчку, или, наконецъ, вовсе не было заряжено,—во всѣхъ этихъ случаяхъ замыселъ мой не осуществился только въ силу случайности, но мое дѣйствіе, какъ выраженіе моей воли, было во всѣхъ этихъ случаяхъ опаснымъ, и если оно въ этотъ разъ оказалось безвреднымъ, то въ другой разъ счастливый случай можетъ и не повториться.

Въ основѣ квалификаціи дѣянія какъ безвреднаго лежитъ та логическая ошибка, что при обсужденіи этого дѣянія принимается въ соображеніе и тотъ счастливый моментъ, который, такъ сказать, разрушаетъ дѣяніе, изъ-за котораго дѣяніе терпитъ фіаско; но вѣдь этотъ счастливый моментъ есть именно только нейтрализующій опасность случай, случай, который воспрепятствовалъ воздѣйствію развитія опасности, т. е. воспрепятствовалъ превращенію опасности во вредъ, но не помѣшалъ опасности проявиться, быть опасностью. Случай можетъ насъ спасти отъ самой ужасной опасности; если является случайный спаситель, то опасность эта устраняется, однако она существовала въ дѣйствительности, наличность ея проявилась въ полной мѣрѣ, въ той степени, въ какой только опасность вообще можетъ проявиться.

Относительно наказуемости покушенія съ негодными средствами надо установить только слѣдующее *единственное* ограниченіе: покушеніе ненаказуемо въ томъ случаѣ, если я не только совершилъ безвредное дѣяніе, но и желаніе мое было направлено на нѣчто безвредное, въ томъ ошибочномъ предположеніи, что это безвредное вредно. Если я ошибочно предполагаю, что сахаръ смертельный ядъ, и поэтому даю кому нибудь сахару, то такое покушеніе ненаказуемо такъ же, какъ, напримѣръ, молитвы съ цѣлью призвать на кого либо смерть или покушеніе на убійство путемъ магіи и колдовства.

Покушеніе отличается отъ спеціальныхъ деликтовъ, создающихъ опасность (Gefährdungsdelikt) тѣмъ, что при покушеніи умыселъ всегда направленъ на нѣчто большее, при покушеніяхъ намѣреніе направлено на окончательное исполненіе и дѣяніе остается, такъ сказать, позади намѣренія; получается разница между субъективнымъ и объективнымъ составомъ дѣянія.

§ 80.

Совокупность субъективныхъ и объективныхъ обстоятельствъ, относящихся къ деликту, называется *составомъ дѣянія* (Thatbestand).

Объективный составъ дѣянія заключается въ образѣ дѣйствій лица по отношенію къ внѣшнему міру и въ результатахъ этого образа дѣйствій; субъективный составъ дѣянія заключается въ духовномъ и волевомъ состояніи лица, обнаруженномъ имъ въ этомъ образѣ дѣйствій. Если волевое состояніе направлено на созданный дѣйствіями результатъ, то въ такомъ случаѣ говорятъ о наличности *намѣренности*. Строго говоря, нельзя сказать, что данное лицо желаетъ даннаго результата и что результатъ этотъ является выраженіемъ его желанія; можно только говорить, что данное лицо желало осуществить тотъ или другой образъ дѣйствій, послѣдствіемъ которыхъ явился этотъ результатъ, потому что мы не можемъ управлять по нашему желанію внѣшней природой, мы можемъ только, такъ сказать, вложить наше вліяніе въ природу, и она выведетъ изъ него естественный результатъ; во всякомъ случаѣ мы можемъ сказать, что данное лицо стремилось къ данному результату, и это важно съ уголовно-правовой точки зрѣнія.

Если данное лицо не стремилось къ оказавшемуся результату, а желало только осуществленія извѣстныхъ дѣйствій, то имѣется одно изъ двухъ: или данное лицо *не знаетъ*, какой результатъ является вообще естественнымъ послѣдствіемъ такого образа дѣйствій, или же оно *знаетъ* этотъ результатъ и, тѣмъ не

менѣе, желаетъ совершить данныя дѣйствія. Въ послѣднемъ случаѣ мы встрѣчаемся съ наличностью *умысла*, слѣдовательно для умысла требуются воля, направленная на совершеніе дѣйствій, и знаніе естественнаго результата этихъ дѣйствій; безъ такого знанія нѣтъ умысла, и, въ крайнемъ случаѣ, можетъ быть рѣчь только о *неосторожности*.

Подъ неосторожностью понимается недостатокъ той внимательности, которая предписывается общими жизненными условіями или специальными условіями, проистекающими изъ общественнаго, должностнаго или профессіональнаго положенія даннаго лица. Неосторожность можетъ распространяться на результаты совершенныхъ дѣйствій (какъ было указано выше), поскольку самыя дѣйствія эти обусловливались сознаніемъ, но она можетъ также распространяться на самый образъ дѣйствій, когда дѣйствія эти совершаются вполнѣ или отчасти безсознательно, въ особенности если данное лицо совершаетъ слишкомъ много, безотчетно прибавляя что либо къ своимъ дѣйствіямъ, или же совершаетъ слишкомъ мало, безсознательно упуская что либо, напримѣръ: хирургъ забываетъ вынуть нитку или удалить губку, положенную имъ въ рану.

Мы говорили о знаніи результатовъ, но это знаніе далеко не всегда будетъ достовѣрнымъ, оно, скорѣе, даже никогда не можетъ быть вполнѣ достовѣрнымъ, такъ какъ мы никогда не можемъ всецѣло господствовать надъ природой, и всегда возможно вмѣшательство такихъ обстоятельствъ, о которыхъ мы и не думали и которыя могутъ оказать воздѣйствіе на результаты нашего дѣянія. Поэтому совершенно достаточно, если это знаніе есть знаніе *большой вѣроятности*, въ той степени, въ какой мы обыкновенно придаемъ ему значеніе достовѣрности. Но, съ другой стороны, знаніе простой вѣроятности не достаточно для наличности умысла; напримѣръ, я убѣждаю кого либо поѣхать по желѣзной дорогѣ, и существуетъ извѣстная вѣроятность, что случится крушеніе поѣзда; если это крушеніе дѣйствительно случилось и ѣхавшій погибъ, то никто не скажетъ, что я умышленно убилъ этого человѣка; указанной простой вѣроятности было

бы достаточно въ томъ случаѣ, если бы у меня было намѣреніе причинить эту смерть; если у меня было такое намѣреніе и я убѣдилъ погибшаго поѣхать по опасному пути, при проѣздѣ по которому вѣроятно крушеніе, и поѣхавшій дѣйствительно погибнетъ, тогда я являюсь виновникомъ его смерти.

§ 81.

При наличности субъективнаго и объективнаго состава дѣянія возникаетъ наличность деликта, но не всякій деликтъ самъ по себѣ *наказуемъ*; иногда необходима еще наличность извѣстныхъ дальнѣйшихъ условій для наказуемости—въ этихъ случаяхъ говорятъ объ *условіяхъ наказуемости.*

Такъ, напримѣръ, правопорядокъ можетъ поставить наказуемость въ зависимость отъ жалобы потерпѣвшаго, затѣмъ наказуемость можетъ зависѣть отъ наступленія будущихъ обстоятельствъ,—напримѣръ, если купецъ плохо ведетъ торговыя книги, то это хотя и является проступкомъ, но наказывается только въ случаѣ наступленія несостоятельности.

Мѣра наказанія также можетъ находиться въ зависимости отъ условій, лежащихъ внѣ состава дѣянія: если я наношу кому либо увѣчье, между тѣмъ какъ хотѣлъ ему только нанести побои, то дѣяніе мое карается строже въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій потеряетъ глазъ или сойдетъ съ ума, даже тогда, если это и не входило въ мои намѣренія и даже не могло быть предусмотрѣно мной; болѣе тяжкій результатъ не превращаетъ деликта въ *болѣе тяжкій* самъ по себѣ, но въ *строже караемый.*

Изъ этихъ условій наказуемости надо остановиться въ особенности на *частной жалобѣ* потерпѣвшаго. Существуетъ цѣлый рядъ проступковъ, при которыхъ интересы личности носятъ столь преобладающій характеръ, что въ томъ случаѣ, когда молчитъ этотъ интересъ, можетъ молчать и общество, напримѣръ при оскорбленіяхъ и легкихъ побояхъ. Но возможны и другія основанія, вслѣдствіе которыхъ преслѣдованіе виновнаго начинается только по частной жалобѣ, напри-

мѣръ, если право не желаетъ вторгаться въ семейныя тайны, вторгаться въ сферу воли главы дома, и поэтому ставитъ наказуемость домашней кражи въ зависимость отъ частной жалобы (см. ниже). Аналогичными мотивами объясняется и въ разныхъ другихъ случаяхъ преслѣдованіе преступленій по частной жалобѣ.

§ 82.

Дѣяніе есть приведеніе въ исполненіе воли, оно можетъ быть совершено непосредственно и посредственно: я могу осуществить свою волю при посредствѣ моего личнаго тѣла, но могу также воспользоваться для этой цѣли какимъ либо орудіемъ, восполняющимъ мои недостающія силы. Я могу также воспользоваться услугами другого человѣка, притомъ даже такимъ образомъ, что онъ совершаетъ для меня извѣстное дѣйствіе, вовсе не желая результатовъ его или даже не зная ихъ; напримѣръ, я прошу кого нибудь выстрѣлить въ кустъ, за которымъ, какъ мнѣ одному только извѣстно, скрывается человѣкъ, или же я уговариваю сумасшедшаго убить кого нибудь. Такіе случаи носятъ названіе *посредственной дѣятельности* (mittelbare Thäterschaft); я являюсь посредствующимъ, непрямымъ дѣятелемъ; вопросъ о томъ, не отвѣчаетъ ли лицо, дѣйствовавшее за меня, за свой поступокъ, по крайней мѣрѣ какъ за дѣяніе неосторожное, разрѣшается въ зависимости отъ обстоятельствъ каждаго конкретнаго случая.

Иное дѣло, если я дѣлаю кого либо сообщникомъ по достиженію моей цѣли путемъ сообщенія ему этой цѣли и возбуждаю въ немъ мотивы, побуждающіе его къ достиженію оной. Если мнѣ это удается, то такое мое поведеніе называется *подстрекательствомъ*; если подстрекнутый мной совершитъ извѣстное дѣяніе, то онъ является физическимъ виновникомъ, а я наказуемъ въ качествѣ виновника посредствующаго или интеллектуальнаго, я отвѣчаю какъ *подстрекатель*.

Эти выводы отнюдь не находятся въ противорѣчіи съ идеей свободы воли; конечно, человѣкъ, котораго я под-

стрекнулъ совершить извѣстный поступокъ, могъ бы побороть насажденные мной мотивы и не приводить въ исполненіе своего дѣянія, и вина его заключается именно въ томъ, что онъ не сдѣлалъ этого и поддался вліянію навѣянныхъ мотивовъ, но этимъ отнюдь не устраняется тотъ фактъ, что я при посредствѣ его явился причиной совершеннаго поступка и, значитъ, несу отвѣтственность какъ посредственный виновникъ.

Разница между даннымъ видомъ посредственной дѣятельности и указаннымъ выше заключается только въ томъ, что въ приведенномъ выше примѣрѣ я являлся единственнымъ дѣятелемъ, и лицо, бывшее физическимъ приводителемъ въ исполненіе моей воли, не несетъ вовсе отвѣтственности или же отвѣчаетъ только за неосторожность, между тѣмъ какъ въ данномъ случаѣ на-лицо есть два дѣятеля и оба несутъ отвѣтственность за вину умышленную.

Въ современномъ правѣ подстрекательство обыкновенно наказывается наравнѣ съ непосредственной дѣятельностью, и подстрекатели несутъ ту же отвѣтственность, что и главные виновники. *Покушеніе на подстрекательство*, т. е. подстрекательство, не увѣнчавшееся успѣхомъ, не побудившее къ приведенію преступленія въ исполненіе или хотя бы къ уголовно-наказуемому покушенію, также наказывается, хотя и не всегда. Въ Германскомъ правѣ такое покушеніе на подстрекательство считается наказуемымъ въ томъ случаѣ, если кто либо подстрекаетъ другого совершить преступленіе и это свое подстрекательство излагаетъ на письмѣ или подкрѣпляетъ обѣщаніемъ выгодъ, напримѣръ если женихъ подстрекаетъ свою невѣсту совершить изгнаніе плода, соблазняя ее обѣщаніемъ жениться на ней.

§ 83.

Карательная система подверглась съ теченіемъ времени существеннымъ преобразованіямъ не только въ частностяхъ, но и въ основныхъ чертахъ, въ принципахъ. Древнее уголов-

ное право ведетъ свое происхожденіе отъ мести: кровная месть индивидуума и рода замѣнилась местью общества, и соотвѣтственно убійству и изувѣченію, въ коихъ проявлялась кровная месть, основными наказаніями карательной системы были смертная казнь и уродующія наказанія.

Примѣненіе уголовныхъ каръ приняло иной характеръ съ момента привхожденія къ нимъ, хотя и въ примитивной формѣ, идеи справедливости, такъ какъ сущность этой идеи—воздаяніе равнымъ—съ очевидностью постулировала установленіе правильнаго соотношенія между преступленіемъ и наказаніемъ. Но вмѣсто того, чтобы соизмѣрять съ одной стороны вину, а съ другой страданіе, стали уравнивать чувственно воспринимаемыя внѣшнія ощущенія и полагали возможнымъ достигнуть этимъ путемъ желанной цѣли. Всѣ эти стремленія къ достиженію справедливаго уравненія преступленія съ наказаніемъ внѣшнимъ путемъ, можно обозначить общимъ названіемъ *возмездія* (Wiedervergeltung) или *таліонъ*, хотя, въ сущности, съ названіемъ таліонъ соединяется болѣе тѣсный смыслъ. Уравненіе это можетъ происходить двоякимъ образомъ:

а) Преступнику причиняется такой же самый вредъ, какой имъ причиненъ жертвѣ совершеннаго преступленія. Эта система „око за око, зубъ за зубъ“ принята была многими народами и проводилась нѣкоторыми до крайности, напримѣръ прелюбодѣй наказывался путемъ прелюбодѣйнаго нарушенія его супружескаго союза. Приведенный примѣръ показываетъ, до какихъ, можно сказать, абсурдовъ приводитъ послѣдовательное проведеніе этой системы. Особый подвидъ данной карательной системы заключается въ томъ, что преступнику наносится не такой вредъ, какой имъ причиненъ былъ жертвѣ, а такой, какой эта жертва должна была бы понести по намѣренію преступника; такъ, напримѣръ, въ случаѣ ложнаго доноса или пасквиля, виновнаго подвергали тому наказанію, которому долженъ бы подвергнуться несправедливо оклеветанный въ томъ случаѣ, если бы онъ былъ осужденъ вслѣдствіе этого доноса.

б) Наказанію подвергается тотъ членъ преступника, ко-

торымъ совершено преступленіе, напримѣръ за кражу отрубается рука. Эта система неоднократно повторяется и возвращается подъ разными формами въ уголовныхъ законодательствахъ различныхъ народовъ, съ крайней послѣдовательностью она проведена въ индійскомъ правѣ.

в) Преступникъ подвергается наказанію, соотвѣтствующему съ внѣшней стороны совершенному преступленію; это такъ называемыя *символическія* наказанія. Примѣромъ ихъ можетъ служить сожженіе на кострѣ поджигателя или заливаніе фальшивому монетчику горла расплавленнымъ оловомъ. Очевидно, что эта система соприкасается съ изложенной подъ литерой б.

г) Преступникъ разсматривается какъ замѣститель того лица, котораго онъ своимъ преступленіемъ избавилъ отъ заслуженнаго наказанія. Въ основѣ такой системы лежитъ слѣдующее воззрѣніе: справедливость должна быть удовлетворена наказаніемъ, и тотъ, кто воспрепятствовалъ осуществленію этого наказанія, долженъ самъ ему подвергнуться. Упомянутой системы особенно часто придерживаются по отношенію къ тюремщику, умышленно выпускающему заключеннаго на свободу.

Наряду съ идеей возмездія выступаютъ въ уголовномъ правѣ еще другія воззрѣнія, изъ коихъ наибольшее значеніе имѣла идея *божественной кары*: преступленіе является оскорбленіемъ Божества, и поэтому преступникъ долженъ быть принесенъ въ жертву Богу или вообще долженъ быть удаленъ со свѣта для того, чтобы не возбуждать болѣе Божественнаго гнѣва.

Затѣмъ при примѣненіи уголовной кары придерживались еще того взгляда, что преступникъ, обнаруживавшій совершеннымъ преступленіемъ возмущеніе противъ общества, возставшій, такъ сказать, противъ общества, долженъ быть поставленъ *внѣ государственной охраны* и потерять свою неприкосновенность, такъ что каждый гражданинъ могъ свободно оскорблять его, подвергать всякимъ преслѣдованіямъ, мученіямъ, даже убить. Преступника презирали, позорили, объявляли friedlos и свободнымъ какъ птица въ воздухѣ или

рыба въ водѣ, т. е. не состоящимъ ни подъ чьей защитой. Убійство такого преступника было не только дозволено, но даже желательно, потому что эти изгнанные и презираемые преступники представляли собой тяжелое ярмо для всей страны, и возможно быстрое истребленіе ихъ считалось благодѣяніемъ, оказаннымъ обществу.

Когда государство приняло непосредственно въ свои руки заботы о культурномъ развитіи общества и стало энергично преслѣдовать цѣль осуществленія этихъ своихъ культурныхъ задачъ, въ уголовномъ правѣ зазвучали, если позволено такъ выразиться, новыя струны. Государство полагало, что путемъ примѣненія *возможно строгихъ наказаній* ему удастся побороть зло, грозящее обществу и уничтожить элементы, враждебные культурѣ. Этимъ объясняется то явленіе, что въ эпохи особеннаго расцвѣта государственной культурной жизни уголовные кодексы отличались особенной жестокостью, даже варварствомъ. Такъ, едва-ли существовали когда-либо и гдѣ-либо въ мірѣ болѣе жестокіе уголовные кодексы, чѣмъ въ Италіи въ эпоху Джіотто, Данте и Рафаэля или въ Россіи въ эпоху Петра Великаго.

Постепенно это варварство отживаетъ свой вѣкъ, культура не переноситъ его болѣе, мало-по малу общественное сознаніе проникается убѣжденіемъ, что излишняя суровость не достигаетъ цѣли, нарождающіяся гуманныя чувства и смягченіе нравовъ противятся практикующейся жестокости, и замѣчается даже переходъ симпатій на сторону жертвъ суроваго уголовно-правового режима. Этотъ внезапный переходъ отъ крайней жестокости, выражавшейся въ преслѣдованіи преступника огнемъ и мечемъ, къ заботамъ объ этомъ же преступникѣ и состраданію къ нему, какъ жертвѣ суровой справедливости, представляетъ интересное явленіе въ исторіи психологіи народовъ. Даже позорящія, обезчещивающія наказанія, въ которыхъ, бывало, такъ охотно изощрялся народный юморъ, начиняютъ быть ненавидимы и считаться противорѣчащими духу современности. Тогда, по необходимости, отъ прежнихъ суровыхъ наказаній перешли къ денежнымъ штрафамъ, изгнанію и, наконецъ, въ виду не-

достаточности этихъ мѣръ,—къ наказаніямъ *лишеніемъ свободы.*

Эти наказанія находятся первоначально въ совершенно хаотическомъ состояніи, имъ подвергаютъ безъ разбора всѣхъ, кто кажется непригоднымъ для жизни порядочнаго общества,—неоплатные должники, банкроты, гулящія женщины, бродяги, всякій сбродъ общественныхъ подонковъ, все это бросаютъ въ темныя, тѣсныя, смрадныя ямы подъ и надъ землей, подобно тому какъ это и донынѣ еще практикуется на Востокѣ.

Туда же бросаютъ и настоящихъ преступниковъ, но, кромѣ того, ими пользуются и для принудительныхъ работъ, посылаютъ ихъ на галеры. Постепенно приходятъ къ тому сознанію, что весь этотъ тюремный сбродъ полезно заставлять работать,—заключенный долженъ себя прокармливать, или государство должно эксплоатировать его трудоспособность. Наконецъ, въ умахъ законодателей назрѣваетъ съ естественной послѣдовательностью та мысль, что *урегулированная работа* можетъ быть полезной и *для самого заключеннаго преступника* и способствовать его превращенію въ пригоднаго члена человѣческаго общества, и что достиженіе такой цѣли представляетъ глубокій интересъ для всего общества. Этотъ прогрессъ карательной политики совершался съ большой медленностью.

Въ XVI и XVII вѣкахъ было учреждено въ Амстердамѣ, Гамбургѣ, Римѣ и еще нѣкоторыхъ мѣстахъ нѣсколько рабочихъ домовъ и исправительныхъ тюремъ, соотвѣтствовавшихъ, въ нѣкоторой степени, намѣченнымъ цѣлямъ.

Въ концѣ XVIII столѣтія энергичнымъ борцомъ за тюремную реформу выступилъ великій благодѣтель человѣчества *Говардъ*; онъ положилъ всѣ свои силы на то, чтобы добиться улучшенія тюремнаго заключенія, съ неослабной удивительной энергіей изслѣдовалъ онъ повсемѣстно тюремный бытъ и громко бичевалъ язвы современной ему пенитенціарной системы или, вѣрнѣе, безсистемности, проповѣдуя и требуя реформы. Онъ скончался въ 1790 году въ Россіи, заразившись тифомъ во время изслѣдованія Херсонской тюрьмы.

Съ этихъ поръ повсемѣстно, а особенно въ Америкѣ,

стали прилагать всевозможныя усилія въ направленіи усовершенствованія тюремной организаціи и изобрѣтенія соотвѣтствующихъ задачамъ наказанія формъ лишенія свободы. Одиночное заключеніе, изоляція заключенныхъ, спеціальныя воспитательныя мѣры, поощреніе наградами къ исправленію,—всѣ эти средства были испробованы въ интересахъ достиженія наилучшихъ результатовъ.

Въ основѣ современныхъ карательныхъ системъ, направленныхъ къ улучшенію и преобразованію наказанія, лежатъ четыре руководящія идеи:

1) Заключенный, обнаруживающій хорошее поведеніе, постепенно добивается все *лучшаго* положенія и, наконецъ, даже освобождается до истеченія срока заключенія.

2) *Необходимо позаботиться* о томъ, чтобы дать возможность лицамъ, *выпущеннымъ* изъ заключенія, вернуться къ честной жизни, и если оказывается, что отбывшій наказаніе все-же недостаточно подготовленъ къ такой жизни, то слѣдуетъ его помѣстить въ исправительное учрежденіе, не для того, чтобы продлить наказаніе, а съ цѣлью пріучить его къ труду и порядку.

3) *Преступники привычные* должны быть въ большей мѣрѣ, чѣмъ это дѣлалось раньше, отдѣляемы отъ *случайныхъ преступниковъ*. Хотя новѣйшія соціологически-психологическія изслѣдованія отвергли существованіе опредѣленныхъ преступныхъ типовъ, заранѣе предназначенныхъ, въ силу внѣшней и внутренней организаціи, къ совершенію преступленій (мнѣніе Ломброзо и другихъ по этому вопросу лишено всякаго научнаго основанія), они показали, однако, что склонность къ преступленію, споспѣшествуемая условіями воспитанія и окружающей обстановки, можетъ быть настолько повышена и усилена, что становится дѣйствительно особенностью характера, существеннымъ и пагубнымъ недостаткомъ. По отношенію къ такимъ индивидуумамъ государство должно держать себя совершенно иначе, чѣмъ по отношенію къ тѣмъ, кто совершилъ преступленіе только подъ вліяніемъ случайнаго и преходящаго забвенія своихъ общественныхъ и нравственныхъ обязанностей. Эта мысль отчасти проникала въ

сознанiе общества и законодателей и въ прежнее время, но тогда предпочитали просто отдѣлаться отъ преступника путемъ изгнанiя его, смертной казни, лишенiя государственной охраны или, по меньшей мѣрѣ, наложенiя клейма на лобъ въ знакъ того, что каждый долженъ его остерегаться.

Въ наше время взялись за разрѣшенiе этой задачи болѣе серьезно, но до сихъ поръ еще не придумали способа для успѣшнаго противодѣйствiя упомянутымъ особенностямъ характера. Во всякомъ случаѣ теперь прилагаютъ большiя старанiя, чѣмъ раньше, къ тому, чтобы дѣти и несовершеннолѣтнiе были исторгнуты изъ такой развращающей обстановки, попали въ честныя руки и не поддались растлѣвающему влiянiю дурной среды. Привычныхъ преступниковъ, въ томъ случаѣ, если принудительное воспитанiе не приноситъ никакихъ результатовъ, остается только держать подъ надзоромъ и какимъ нибудь образомъ заставить ихъ работать на пользу честной части общества. Въ отношенiи преступниковъ случайныхъ въ наше время замѣчается склонность къ особенно мягкому обращенiю съ ними, и въ этомъ направленiи была высказана, въ частности, въ высокой мѣрѣ плодотворная мысль, что лица, отличавшiяся безупречнымъ поведенiемъ и случайно совершившiя небольшой проступокъ, условно освобождаются отъ наказанiя или вообще условно оправдываются, причемъ окончательное освобожденiе наступаетъ для нихъ, если они въ теченiе опредѣленнаго срока испытанiя будутъ себя вести хорошо и ни въ чемъ не провинятся.

4) Идея *уголовнаго поручительства* (Strafbürgschaft), заключающаяся въ томъ, что преступникъ лично, или же кто нибудь за него, вноситъ залогъ въ обезпеченiе хорошаго поведенiя, такъ что въ случаѣ какого-либо отступленiя его отъ честной жизни этотъ залогъ удерживается.

Высказывались еще и другiя мысли, напримѣръ предлагалось лишать лицъ съ преступными наклонностями права быть свидѣтелями; но объ осуществленiи подобныхъ мѣръ въ настоящее время еще нечего думать.

Въ Германiи теперь съ живостью обсуждается вопросъ о

томъ, не должно ли, при столь блестящемъ развитіи ея колоніальной политики, подумать о *колоніяхъ преступниковъ*, такъ чтобы преступники могли жить на вольномъ воздухѣ и въ свободной обстановкѣ, разумѣется ограниченной въ мѣрѣ, соотвѣтствующей цѣлямъ наказанія. Выражаютъ надежду, что если преступники будутъ жить вдали отъ родины, въ совершенно новой обстановкѣ и безъ позорнаго пятна, постоянно тяготѣющаго надъ ними въ прежнемъ обществѣ, они при такихъ условіяхъ гораздо скорѣе достигнутъ нравственнаго возрожденія и станутъ полезными членами общества. Я также вижу въ депортаціи прекрасное карательное и исправительное средство и думаю, что многочисленныя неудачи, до сихъ поръ повторявшіяся на этомъ пути, объясняются техническими ошибками и несовершенствами, которыя, разумѣется, должны быть исправлены. Существеннымъ условіемъ депортаціи является, естественно, обладаніе страной, куда можно бы выселять въ теченіе десятилѣтій преступниковъ, страной, которая не была бы гибельной по своимъ географическимъ и климатическимъ условіямъ для европейцевъ и давала бы имъ возможность интенсивно работать. Такая колонія преступниковъ должна быть строго изолирована отъ честныхъ колоній, и въ область ея не должны допускаться свободные колонисты, потому что оба эти элемента не совмѣстимы, и, какъ показываетъ опытъ, одинъ изъ двухъ долженъ отступить. Вопросъ о томъ, представляетъ ли юго-восточная Африка собой подходящую мѣстность для основанія такихъ колоній, можетъ быть разрѣшенъ только по всестороннемъ обсужденіи и по производствѣ техническихъ испытаній; во всякомъ случаѣ нужно затратить огромные капиталы, для того чтобы сдѣлать путемъ проведенія искусственнаго орошенія возможной въ этой мѣстности интенсивную культуру.

Пока въ Германіи существуютъ, кромѣ смертной казни (черезъ обезглавливаніе), еще заключеніе въ исправительный домъ (Zuchthaus), тюрьма, крѣпость, арестъ, денежные штрафы и различныя побочныя спеціальныя наказанія. Всѣ наказанія въ большинствѣ случаевъ назначены относительно и только относительно, т. е. въ законѣ указаны maximum и minimum,

между которыми судья можетъ двигаться при назначеніи наказанія въ конкретномъ случаѣ.

§ 84.

Принадлежащее государству право наказанія можетъ быть погашено *помилованіемъ*. Ученіе о помилованіи служило предметомъ многочисленныхъ изслѣдованій ученыхъ школы естественнаго права. Многіе изъ нихъ не признавали помилованія на томъ основаніи, что оно противорѣчитъ праву и препятствуетъ правильному ходу справедливости. Такое мнѣніе, хотя оно и считалось выраженіемъ особой мудрости, совершенно превратно.

Если по общему правилу преступленіе и должно быть наказано, то потребность наказанія всетаки не такъ сильна, чтобы неосуществленіе этой карательной реакціи въ одномъ или другомъ случаѣ уже грозило самому бытію человѣчества. Въ пользу помилованія могутъ быть приведены самыя важныя соображенія; иногда въ основѣ самого совершеннаго дѣянія лежатъ обстоятельства, заставляющія не примѣнять наказанія, иногда въ самой личности совершившихъ преступное дѣяніе заключается комплексъ такихъ условій, по которымъ для всего общества представляется больше выгоды въ сохраненіи этихъ лицъ, чѣмъ въ принесеніи ихъ въ жертву наказанію.

Помилованіе есть государственный *актъ правосудія* (а не управленія), осуществленіе котораго принадлежитъ, однако, не судамъ, а высшему носителю власти правосудія—главѣ государства или его представителю; въ силу этого акта наказаніе никогда не можетъ быть увеличено, усилено, никогда не можетъ быть только видоизмѣнено, но всегда можетъ быть ослаблено или отмѣнено. Не можетъ быть возбуждаемо никакихъ вопросовъ о дѣйствительности или недѣйствительности дарованнаго помилованія.

Помилованіе можетъ быть объявлено и *до* осужденія, но только въ томъ случаѣ, если это разрѣшается основными го-

сударственными законами, а допускается такое помилованіе не вездѣ или же допускается только въ ограниченной формѣ; въ упомянутомъ случаѣ помилованіе, естественно, можетъ быть только полнымъ, а не частичнымъ, по крайней мѣрѣ тогда, когда цѣлью такого акта помилованія является исключеніе судебнаго разбирательства (аболиція), потому что до произнесенія приговора вѣдь вовсе еще не извѣстно, послѣдуетъ ли осужденіе.

Институтомъ аналогичнымъ помилованію является *давность:* истеченіе извѣстнаго промежутка времени погашаетъ потребность наказанія и вмѣстѣ съ тѣмъ право государства наказывать. Основа такого института вполнѣ понятна: преступленіе совершается во времени и дѣйствуетъ на время; правда, часто оно оставляетъ за собой слѣдъ на болѣе продолжительное время, но въ концѣ концовъ оно забывается и человѣчество не ощущаетъ ни потребности, ни желанія возвращаться къ давно прошедшему.

Давность можетъ наступить, во-первыхъ, еще до произнесенія приговора, до суда *(давность преслѣдованія)*; въ этомъ случаѣ принимается въ соображеніе также то обстоятельство, что съ теченіемъ времени доказательства становятся все затруднительнѣе, улики все слабѣе и возможность ошибки все больше. Во-вторыхъ, существуетъ *давность наказанія*, въ силу которой произнесенный приговоръ, уже назначенное наказаніе не примѣняется за истеченіемъ опредѣленнаго срока; въ основѣ этой давности лежитъ указанное выше уголовно-правовое соображеніе въ чистомъ его видѣ.

§ 85.

Выше было указано, что преступленія могутъ выражаться въ нарушеніи субъективныхъ правъ. Изъ этого рода преступленій наиболѣе извѣстныя суть преступленія противъ жизни, а изъ нихъ на первомъ планѣ стоитъ *убійство*, оно влекло за собой прежде кровную месть, затѣмъ объявленіе внѣ закона, каковое налагалось на преступника всѣмъ племенемъ или предводителемъ его.

Съ теченіемъ времени положеніе значительно измѣнилось. Кровной мести наиболѣе соотвѣтствовала смертная казнь, но обычай кровной мести допускалъ во многихъ случаяхъ замѣну смерти наказаніями имущественными, а именно имущество преступника отбиралось, причемъ часть его поступала въ государственную казну, а часть отдавалась наслѣдникамъ убитаго. Субъективный моментъ виновности первоначально почти не принимался въ соображеніе, позднѣе стали отличать неосторожное убійство и примѣняли къ нему другое наказаніе; затѣмъ въ предѣлахъ умышленнаго убійства стали разграничивать убійство предумышленное отъ убійства хотя и намѣреннаго, но совершеннаго въ запальчивости и раздраженіи. Слѣды такого различія мы находимъ уже въ Римскомъ правѣ, а въ средневѣковомъ правѣ оно было развито еще полнѣе, такъ, напримѣръ, знаменитый кодексъ Императора Карла V отъ 1532 года, такъ называемая Каролина, проводитъ въ § 137 это различіе совершенно ясно и послѣдовательно и почти всѣ культурныя законодательства восприняли этотъ принципъ. Это различіе между преднамѣреннымъ и не преднамѣреннымъ умысломъ можно было бы конечно провести и по отношенію къ другимъ преступленіямъ, но этого не было сдѣлано. Психологическая основа такого различія заключается въ томъ, что дѣйствіе преднамѣренное является результатомъ побѣды дурныхъ мотивовъ, побуждающихъ къ совершенію преступленія, надъ мотивами, задерживающими, отвращающими отъ преступленія, такъ какъ эти послѣдніе за извѣстный промежутокъ времени, обусловливающій преднамѣренность, могли предстать во всей своей силѣ и быть ясно сознаны, между тѣмъ какъ въ дѣйствіи непреднамѣренномъ такой борьбы и побѣды нѣтъ, а потому въ первомъ случаѣ, очевидно, напряженность, энергія вины, больше чѣмъ во второмъ.

Самоубійство, т. е. вѣрнѣе, покушеніе на самоубійство въ большинствѣ современныхъ государствъ считается ненаказуемымъ. Покушеніе на самоубійство оставляется безнаказаннымъ не потому, что за каждымъ человѣкомъ презумируется право лишать себя жизни (такое право находилось

бы въ противорѣчіи съ современнымъ культурнымъ строемъ), а во вниманіе къ тѣмъ тяжелымъ условіямъ, подъ давленіемъ которыхъ человѣкъ обыкновенно рѣшается на самоубійство и которыя могутъ служить ему извиненіемъ; вотъ почему теперь считаютъ необходимымъ прійти на помощь тяжко страдающему человѣку, рѣшившемуся лишить себя жизни, а не карать его. Иное дѣло подстрекатели, участники и пособники самоубійства, они должны бы, безъ сомнѣнія, подвергаться наказанію.

Нѣкоторые виды убійства считаются болѣе тяжкими (квалифицированными), другіе болѣе легкими (привилегированными). Убійство родственниковъ, а особенно *отцеубійство* издавна считались особенно тяжкими видами убійства. Такимъ же ужаснымъ преступленіемъ считалось убійство своего ребенка, но, начиная съ XVIII вѣка въ этомъ направленіи произошла перемѣна и убійство матерью своего незаконнорожденнаго ребенка сейчасъ послѣ рожденія его стало караться даже болѣе мягко, нежели обыкновенное убійство; такое воззрѣніе совершенно чуждо древнему праву, потому что оно именно караетъ такое убійство съ особой жестокостью и даже варварствомъ; въ Каролинѣ, напримѣръ, за это преступленіе назначено было зарытіе живымъ въ могилу и утопленіе. Но симпатіи сентиментализма просвѣтительной эпохи склонились на сторону матери незаконнорожденнаго, на нее стали смотрѣть какъ на соблазненную, несчастную женщину, покинутую и безпомощную, которая совершаетъ преступленіе подъ вліяніемъ крайняго нервнаго возбужденія и разстройства, вызванныхъ родами. Это болѣе мягкое отношеніе къ дѣтоубійству продолжается и понынѣ, но ослабленная мѣра наказанія примѣняется только за убійство внѣбрачнаго ребенка, убійство законнаго ребенка карается какъ обыкновенное убійство. Совершенно противоположныхъ воззрѣній придерживались въ этомъ отношеніи въ старое время, когда за родителями признавалось право на жизнь своихъ дѣтей въ теченіе опредѣленнаго короткаго срока послѣ рожденія.

Особенно интересно прослѣдить исторію уголовно-пра-

вовыхъ воззрѣній на преступленіе *вытравленія плода.* Первоначально вытравленіе плода вовсе не считается преступленіемъ и нѣкоторые первобытные народы прибѣгаютъ къ нему, напримѣръ, при чрезмѣрно молодомъ возрастѣ матери или въ случаяхъ внѣбрачной беременности, какъ къ вполнѣ дозволенному, обычному средству. Римляне начали запрещать вытравленіе плода подъ страхомъ наказанія только въ эпоху императоровъ, причемъ это дѣяніе сначала разсматривалось не какъ безусловно наказуемое, а считалось преступнымъ только въ опредѣленныхъ случаяхъ. Такое безразличное или снисходительное отношеніе народа и законодателя къ этому вопросу можетъ повлечь за собой тяжкія послѣдствія: оно можетъ привести къ постоянному уменьшенію народонаселенія и оказать плохое вліяніе на здоровье женщинъ. Законодатели, вѣроятно, начали бы преслѣдовать вытравленіе плода, уже на основаніи указанныхъ соображеній соціальнаго характера, но каноническое право опередило ихъ въ этомъ отношеніи, проводя ту мысль, что вытравленіе является дѣйствительнымъ убійствомъ, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда въ плодѣ можетъ быть предположено существованіе души; какъ извѣстно, вопросъ о моментѣ о духотворенія, о моментѣ проникновенія тѣлесной оболочки душой, былъ однимъ изъ любимыхъ вопросовъ средневѣковой схоластики. Подъ вліяніемъ воззрѣній каноническаго права создалось слѣдующее толкованіе: разрушеніе тѣлесной оболочки, съ той поры какъ она является обиталищемъ души и, слѣдовательно, уничтоженіе возможности дальнѣйшаго развитія души въ человѣческомъ тѣлѣ, является такимъ же тяжкимъ преступленіемъ, какъ и убійство, уничтоженіе этой тѣлесной оболочки ребенка послѣ его рожденія.

Изъ числа угрожающихъ преступленій противъ личности (Gefährdungsdelikt),—дѣяній, опасныхъ для жизни и здоровья,— отмѣтимъ прежде всего *поставленіе чужой жизни въ опасность* (оставленіе въ опасности), объектомъ этого преступленія могъ прежде быть только ребенокъ, но въ настоящее время совершенно справедливо расширили объемъ этого преступленія и объектомъ его могутъ нынѣ быть вообще люди безпомощ-

ные. Существеннымъ условіемъ состава этого преступленія является созданіе этимъ дѣяніемъ опаснаго положенія для существа безпомощнаго, только въ такомъ случаѣ можетъ быть рѣчь о поставленіи въ опасность, вотъ почему поступокъ матери Моисея не составляетъ указаннаго преступленія, ибо мать все время оставалась по близости, такъ что съ ребенкомъ не могло случиться никакого несчастія.

Укажу еще одно угрожающее преступленіе противъ личности, носящее характеръ дѣянія опаснаго для жизни или здоровья—*поединокъ*, т. е. предварительно обусловленный бой смертоноснымъ оружіемъ между двумя лицами, производящійся съ соблюденіемъ извѣстныхъ правилъ. Онъ карается какъ дѣяніе опасное для жизни и въ томъ случаѣ, если ни одинъ изъ противниковъ не понесъ никакого вреда для жизни или здоровья, а если такой вредъ произошелъ, то это является обстоятельствомъ, увеличивающимъ вину, хотя бы онъ былъ нанесенъ ненамѣренно, или даже совершенно случайно.

Обычай поединка мы встрѣчаемъ уже въ древнѣйшую эпоху исторіи нѣмецкаго народа, еще у древнихъ германцевъ, но тогда поединокъ носилъ судебный характеръ и былъ однимъ изъ видовъ суда Божія, такъ какъ предполагалось, что Богъ помогаетъ правому одержать побѣду. По исчезновеніи судебнаго поединка въ XIII вѣкѣ въ Италіи, остался поединокъ частный, обусловленный спеціальнымъ соглашеніемъ и служившій выраженіемъ той мысли, что въ сомнительныхъ случаяхъ Богъ помогаетъ невинному и правому достигнуть своей цѣли. Мы давно уже чужды такого воззрѣнія, а потому поединокъ теперь утратилъ свое право на существованіе, онъ превратился исключительно въ какое-то вспомогательное средство мести и притомъ средство обоюдоострое, ибо результаты поединка могутъ оказаться не въ пользу лица, вызвавшаго на поединокъ для отмщенія понесенной имъ обиды, такъ что вмѣсто того, чтобы отомстить, онъ только потерпитъ уронъ вдвойнѣ. Вотъ почему папы совершенно правильно поступали, назначая издавна строгія кары за поединокъ и подвергая имъ не только самихъ дерущихся, но и третьихъ лицъ, способствовавшихъ дуэли;

въ законодательствахъ, начиная съ XVI вѣка, за поединокъ назначается суровая кара но, тѣмъ не менѣе, обычай этотъ и понынѣ еще не вывелся на континентѣ.

§ 86.

Тѣлесныя поврежденія различаются по степени ихъ опасности и серьезности, по способу ихъ причиненія и по мѣрѣ вины. Поэтому въ новѣйшее время различають тѣлесныя поврежденія умышленныя и неосторожныя, *простыя*, *опасныя*, *тяжкія*. Тѣлесное поврежденіе называется опаснымъ, если оно причинено какимъ либо оружіемъ или опаснымъ орудіемъ, тяжкимъ же оно называется въ зависимости отъ результатовъ и кромѣ того, собственно говоря, только въ томъ случаѣ, если эти результаты соотвѣтствуютъ желанію, или вѣрнѣе, намѣренію лица, ихъ причинившаго. Но и простое тѣлесное поврежденіе, сопровождавшееся тяжкими результатами, является преступленіемъ квалифицированнымъ.

Къ преступленіямъ, угрожающимъ тѣлесной неприкосновенности, должна быть отнесена, главнымъ образомъ, *драка*, т. е. физическая схватка между болѣе чѣмъ двумя лицами; въ ней таится не малая опасность и нерѣдко она влечетъ за собой тѣлесныя поврежденія и даже смерть, къ которымъ участники вовсе не стремились и которыхъ они даже не предвидѣли. Преступленія, совершенныя въ дракѣ, представляютъ большія трудности въ отношеніи примѣненія къ нимъ наказаній, такъ какъ очень часто невозможно установить, кто именно нанесъ рѣшительный ударъ. Различныя законодательства пытались устанавливать различными способами размѣры отвѣтственности за преступленія, совершенныя въ дракѣ; современное право караетъ каждаго участника драки, имѣвшей серьезныя послѣдствія, за одно его участіе въ ней и къ этому наказанію затѣмъ прибавляется тому лицу, которое причинило поврежденіе (если возможно доказать это), наказаніе за самое нанесенное поврежденіе.

Отмѣчу еще нѣкоторыя преступленія противъ личности,

такъ, напримѣръ, преступленія противъ *правъ состоянія* другого лица, заключающіяся въ лишеніи другого наслѣдственнаго положенія, занимаемаго имъ въ общественномъ строѣ или семьѣ. Примѣромъ такого преступленія можетъ служить подмѣна дѣтей,—какая нибудь замужняя женщина записываетъ ребенка своей служанки за своего; если даже такой поступокъ вызванъ самыми благими намѣреніями, то все же онъ представляется крупной несправедливостью, потому что нельзя лишать ребенка его истинной матери.

Къ числу преступленій противъ личности относятся также деликты, нарушающіе *право тайны* (Geheimnissrecht). Иногда соблюденіе тайны является не только долгомъ приличія, но и юридической обязанностью, какъ, напримѣръ, въ случаяхъ такъ называемой профессіональной тайны, тайны, открытой врачу или защитнику, присяжному повѣренному; та же обязательность сохраненія тайны распространяется и на промышленныя и фабричныя тайны, поскольку такой секретъ производства представляетъ собой особую цѣнность, то же самое по отношенію къ сохраненію тайны промышленныхъ и коммерческихъ сношеній.

Однимъ изъ важныхъ правъ личности является въ настоящее время право на то, чтобы *конкуррентная борьба* велась честно, а именно, чтобы путемъ обмана не возбуждалось представленіе, будто данный товаръ есть товаръ, произведенный въ извѣстномъ промышленномъ предпріятіи. Такое противозаконное дѣйствіе иногда преслѣдуется только въ порядкѣ гражданскаго процесса, но иногда оно подлежитъ уголовной карѣ.

Затѣмъ къ числу преступленій противъ личности относятся также посягательства на *свободу* лица. Они могутъ выражаться въ лишеніи свободы, т. е. въ насильственномъ воспрепятствованіи свободы передвиженія, такія преступленія караются по германскому уложенію тюрьмой, а иногда и исправительнымъ домомъ.

Родственнымъ этому преступленію является *принужденіе* (Nötigung), оно заключается въ насильственномъ понужденіи кого либо къ совершенію извѣстнаго дѣйствія или къ без-

дѣйствію. Такое принужденіе можетъ существенно разниться отъ принужденія оставаться въ опредѣленномъ мѣстѣ, въ частности оно можетъ выражаться въ принужденіи заключить какую нибудь сдѣлку или взять обратно поданную жалобу. Если такое принужденіе осуществляется путемъ угрозъ, то это должны быть угрозы преступленіемъ, такъ что, если, напримѣръ, женщину заставляютъ отдаться, угрожая донести на нее за дѣйствительно совершенный ею проступокъ, то это не можетъ быть наказано какъ принужденіе, потому что правильный доносъ не есть преступленіе.

Своеобразнымъ преступленіемъ противъ свободы является *похищеніе*, заключающееся въ томъ, что кто либо похищаетъ женщину и помѣщаетъ ее въ такомъ мѣстѣ, гдѣ она лишена защиты, съ цѣлью склонить ее къ непотребству или заключенію брака. Существуетъ также похищеніе съ согласія похищаемой, но такое дѣяніе можетъ представлять собой только проступокъ противъ родительской власти или же противъ правъ мужа, если похищается замужняя женщина; впрочемъ германское законодательство не знаетъ послѣдняго вида похищенія.

Посягательства на *цѣломудріе*, поскольку они являются посягательствами на право личности, также могутъ быть отнесены въ описываемую группу.

Изъ этого рода посягательствъ отмѣчу *любострастныя дѣйствія надъ дѣтьми*, насильственныя любострастныя дѣйствія надъ лицомъ женскаго пола и *изнасилованіе* (Notzucht), т. е. принужденіе женщины, силой или путемъ угрозъ реальной опасностью для жизни или здоровья, къ внѣбрачной половой связи.

Германское право высоко чтило женскую честь и карало изнасилованіе смертью; въ современномъ германскомъ уголовномъ уложеніи за изнасилованіе опредѣлено продолжительное заключеніе въ исправительномъ домѣ.

Къ правамъ личности относится также *честь*; преступленія противъ чести обнимаются общимъ наименованіемъ *оскорбленіе*. Подъ честью, какъ объектомъ оскорбительнаго посягательства, понимается не нравственное достоинство личности

(ибо оно вообще недоступно для нападенія извнѣ), а мнѣніе другихъ, мнѣніе общества объ этомъ личномъ достоинствѣ. Правда, это мнѣніе можетъ для насъ часто быть совершенно безразлично, но оно можетъ также быть для насъ крайне тягостнымъ и приносить существенный вредъ.

Нужно твердо помнить, что въ основаніи наказуемости оскорбленій чести лежитъ только эта утилитарная точка зрѣнія; совершенно неправильно мнѣніе, будто оскорбленіемъ нарушается непосредственно внутреннее достоинство личности и будто наказаніе необходимо въ цѣляхъ возстановленія этого личнаго достоинства. Было бы, поэтому, совершенно несправедливо усугублять строгость наказаній за оскорбленія чести, какъ этого часто требуютъ, а оправданіе дуэли, какъ естественнаго слѣдствія чрезмѣрно мягкой уголовной репрессіи, совершенно неосновательно.

Затѣмъ для яснаго пониманія того, въ чемъ именно заключается сущность деликта оскорбленія чести, надо обратить вниманіе еще на слѣдующее: примѣненіе наказанія за оскорбленіе вовсе не обусловлено наступленіемъ результата этого оскорбленія, т. е. для наказуемости его вовсе не нужно, чтобы третьи лица, общество, дѣйствительно составили себѣ дурное мнѣніе объ оскорбленномъ. Для наличности оскорбленія требуется только выраженіе оскорбляющимъ своего презрѣнія непосредственно самому оскорбляемому съ цѣлью его униженія или третьему лицу, но такое выраженіе неуваженія, презрительнаго отношенія не должно проходить безнаказаннымъ, потому что въ противномъ случаѣ честь лица (въ вышеуказанномъ внѣшнемъ смыслѣ) дѣйствительно могла бы пострадать. Такимъ образомъ оскорбленіе есть преступленіе угрожающее (Gefährdungsdelikt), дѣяніе опасное для чести, но оно можетъ быть также преступленіемъ, приносящимъ непосредственный ущербъ (Verletzungsdelikt), не только угрожающимъ чести, но и нарушающимъ ее.

Простое оскорбленіе различается отъ распространенія фактическихъ свѣдѣній, могущихъ подорвать уваженіе къ данному лицу; такое разглашеніе обстоятельствъ, влекущихъ за собой уничиженіе даннаго лица въ мнѣніи третьихъ лицъ,

называется *опозоренiемъ*, *злостной сплетней* (Üble Nachrede). Опозоренiе распадается на разные виды: если распространяются слухи завѣдомо ложные, то такое дѣянiе называется *клеветой*, если разглашающiй слухи не знаетъ что они ложны, то при обсужденiи его дѣянiя принимается въ соображенiе, имѣлъ ли онъ *справедливый интересъ* (berechtigtes Interesse) въ совершенiи его, т. е. произведено ли это разглашенiе въ цѣляхъ охраны своего или чужого личнаго или имущественнаго блага. Въ послѣднемъ случаѣ не завѣдомо ложное опозоренiе не наказуемо, потому что здѣсь происходитъ столкновенiе интересовъ, и потерпѣвшiй не можетъ требовать, чтобы принимался въ соображенiе только его интересъ; но если у разглашавшаго не было вышеупомянутаго справедливаго интереса, то онъ несетъ отвѣтственность и за распространенiе слуховъ не завѣдомо ложныхъ.

Огромное значенiе имѣетъ вопросъ о томъ, устраняется-ли наказуемость опозоренiя при *доказанности достовѣрности* сообщенныхъ слуховъ (exceptio veritatis). Въ этомъ отношенiи законодательства придерживаются различныхъ системъ. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ доказыванiе достовѣрности вовсе не допускается или допускается съ большими ограниченiями, въ основѣ такой системы (диффамацiи) лежитъ та мысль, что *публичное разглашенiе* обстоятельствъ, позорныхъ и оскорбительныхъ для чести даннаго лица, не можетъ быть дозволено даже въ томъ случаѣ, если разглашенныя обстоятельства дѣйствительно имѣли мѣсто и распространяемые слухи справедливы. По германскому законодательству exceptio veritatis всегда допускается, причемъ въ зависимость отъ ложности разглашенiя поставляется не самый фактъ оскорбленiя, а наказуемость его. Есть много соображенiй въ пользу такого воззрѣнiя, хотя эта система имѣетъ свои темныя стороны, а именно каждому предоставляется, такимъ образомъ, безнаказанно разглашать во всеуслышанiе, трезвонить повсюду о сокровеннѣйшихъ обстоятельствахъ чужой интимной жизни, если только онъ можетъ доказать истинность разглашаемаго.

§ 87.

Наиболѣе извѣстные виды преступленій имущественныхъ суть *поврежденіе имущества*, *воровство* и *присвоеніе*. Объектомъ всѣхъ этихъ преступленій является чужая собственность, посредствомъ перваго она разрушается, посредствомъ послѣднихъ двухъ она изъемлется изъ владѣнія собственника.

Посредствомъ *поврежденія имущества* разрушается чужая матеріальная вещь или изъемлется изъ господства управомоченнаго. Вещь непремѣнно должна быть чужой, собственникъ не можетъ совершить преступленія поврежденіемъ своего имущества, если даже третьимъ лицамъ принадлежатъ какія нибудь права на эту вещь.

Присвоеніе представляетъ собою преступленіе чисто имущественнаго характера и заключается въ томъ, что кто либо, не нарушая чужого владѣнія, присваиваетъ себѣ чужія вещи, т. е. предпринимаетъ по отношенію къ нимъ дѣйствія, служащія выраженіемъ его воли распоряжаться ими, какъ своей собственностью. Возможность такого распоряженія вещью безъ нарушенія чужого владѣнія обусловлена или тѣмъ, что присваивающій самъ владѣетъ этой вещью, или, что вещь эта не состоитъ ни въ чьемъ владѣніи, напримѣръ, потерянная вещь. Объектомъ присвоенія можетъ быть только чужая вещь, но не собственная, даже въ томъ случаѣ, если собственникъ вещи обязанъ передать ее другому лицу; въ послѣднемъ случаѣ можетъ быть рѣчь развѣ о недобросовѣстности. Присвоеніе можетъ быть произведено посредствомъ продажи, заклада или какимъ либо инымъ способомъ.

Характернымъ признакомъ *кражи* является тайной захватъ чужой собственности изъ чужого владѣнія съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ. Такимъ образомъ воровство является одновременно посягательствомъ и нарушеніемъ, какъ права собственности, такъ и владѣнія. Казалось бы, что для признанія преступленія воровства оконченнымъ, необходимо, чтобы вещь была дѣйствительно присвоена похитителемъ, т. е., чтобы онъ уже распорядился этой вещью, какъ своей собственностью, но законодательства почти всѣхъ культурныхъ народовъ признаютъ

достаточнымъ для признанія оконченности кражи факта захвата чужой вещи, хотя бы только съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ. Объектомъ кражи могутъ быть только чужія вещи, но никоимъ образомъ не свои собственныя, даже въ томъ случаѣ, если-бы собственникъ обязанъ былъ оставить свою вещь во владѣніи другого. Если права собственника по отношенію къ данной вещи ограничены, то нѣкоторыми распоряженіями относительно своего имущества онъ можетъ совершить противозаконное дѣяніе, но это будетъ не похищеніемъ, не кражей, а преступленіемъ sui generis (т. н. Strafbarer Eigennutz), напримѣръ,.если кто либо отнимаетъ у закладодержателя свою заложенную ему вещь, или если лицо, нанявшее какое нибудь помѣщеніе и перевезшее туда свои вещи, потомъ незамѣтно ихъ вывозитъ и такимъ образомъ изъемлетъ ихъ изъ закладного права нанимателя.

Объектомъ кражи, также какъ и объектомъ поврежденія и присвоенія, можетъ быть только предметъ матеріальный, такимъ образомъ невозможна кража мысли или электричества. Присвоеніе чужой мысли можетъ составить нарушеніе авторскаго права, присвоеніе чужого электричества представляетъ собой спеціальное преступленіе, которое карается спеціальнымъ закономъ.

Захватъ чужой вещи долженъ быть окончательнымъ, онъ долженъ носить характеръ фактическаго завладѣнія настолько, чтобы вещь была окончательно изъята изъ владѣнія прежняго владѣльца. Моментъ перехода имущества изъ владѣнія потерпѣвшаго во владѣніе похитителя различенъ въ зависимости отъ каждаго конкретнаго случая, напримѣръ—воръ похищаетъ стомарковый кредитный билетъ—преступленіе признается оконченнымъ, хотя бы похититель и не удалился еще изъ квартиры обокраденнаго, но кража не признается оконченной, когда объектомъ ея былъ тяжелый сундукъ, удаленіе котораго изъ помѣщенія, въ которомъ онъ находился, представляетъ не мало трудностей, если сундукъ этотъ еще не унесенъ.

Кража наказывается въ разныхъ законодательствахъ весьма различно. У Римлянъ за кражу полагалось тяжкое наказаніе только въ томъ случаѣ, если воръ былъ пойманъ съ полич-

нымъ, въ остальныхъ случаяхъ воръ отдѣлывался уплатой штрафа, который шелъ въ пользу потерпѣвшаго; только въ императорскую эпоху кража каралась строже. Въ Германіи, напротивъ, кража всегда наказывалась очень строго, во многихъ случаяхъ даже смертной казнью или, по меньшей мѣрѣ, отсѣченіемъ руки или ноги. Особенно сурово каралась третья кража, такъ какъ она считалась достовѣрнымъ доказательствомъ неисправимости преступника,—за нее назначалось удушеніе. Въ современномъ Германскомъ уложеніи за кражу полагаются болѣе мягкія наказанія, но все же она карается довольно строго.

Квалифицированной кражей считается, во первыхъ, такая, при совершеніи которой воръ долженъ былъ прибѣгнуть къ чрезвычайнымъ мѣрамъ для завладѣнія вещью; чѣмъ необычнѣе средства, къ которымъ прибѣгаетъ воръ для достиженія завладѣнія вещью, тѣмъ большимъ нарушеніемъ институтовъ собственности и владѣнія является кража. Къ этой группѣ квалифицированныхъ видовъ кражи относятся:—кража, совершенная изъ запертаго помѣщенія посредствомъ взлома, взлѣзанія, поддѣльныхъ ключей, взлома хранилищъ вещей, затѣмъ кража транспортируемаго имущества, совершенная посредствомъ подобранныхъ ключей или вообще вскрытія хранилищъ, такъ, напримѣръ, если кто либо развязываетъ на вокзалѣ какіе нибудь мѣшки и присваиваетъ себѣ содержимое. Квалифицированнымъ видомъ кражи является также кража, совершенная ночью изъ населеннаго помѣщенія посредствомъ тайнаго проникновенія въ него; въ основѣ квалификаціи этой кражи лежитъ старая идея о ночномъ покоѣ (Nachtfrieden), но, кромѣ того, конечно, опасеніе, что результатомъ такого нарушенія ночнаго покоя могутъ быть тяжкія насильственныя дѣйствія и преступныя посягательства.

Затѣмъ существуютъ привилегированныя виды кражи. Кража между супругами вовсе не наказывается, на томъ основаніи, что общность жизни создаетъ между супругами, если и не юридически, то все же согласно установившимся воззрѣніямъ и обычаямъ, нѣкоторую общность имущества. Кража семейная, кража, совершенная учениками или прислугой, на-

казывается при извѣстныхъ условіяхъ только по частной жалобѣ. Особенно мягко карается кража питательныхъ продуктовъ для немедленнаго ихъ потребленія, въ основѣ мягкаго отношенія къ такой кражѣ лежитъ остатокъ древнихъ воззрѣній, по которымъ пищевые продукты, по крайней мѣрѣ въ незначительномъ количествѣ, предоставлялись въ распоряженіе голодающихъ; слѣдуетъ отмѣнить, что указанный видъ кражи сохраняетъ привиллегированный характеръ и въ томъ случаѣ, если кража совершена посредствомъ взлѣзанія, взлома и т. п.

Привилегированными видами кражи считаются также кража лѣса (Holzdiebstahl) и кража полевыхъ злаковъ (Felddiebstahl), въ данномъ случаѣ мы встрѣчаемся опять съ (пережитками старыхъ народныхъ воззрѣній, согласно которымъ лѣсъ и поле предполагались принадлежащими всѣмъ; вотъ почему и теперь еще въ отношеніи владѣнія лѣсными или полевыми участками нѣтъ того строгого разграниченія, какъ тамъ, гдѣ извѣстныя пространства носятъ характеръ замкнутыхъ частей земной поверхности.

Кража, соединенная съ насиліемъ противъ личности, выдѣлена въ особое преступленіе, именующееся *разбоемъ.* При разбоѣ насиліе не должно быть направлено непремѣнно противъ собственника или владѣльца похищаемаго, достаточно если оно было направлено противъ лица, препятствующаго вору осуществить похищеніе или даже противъ лица, препятствующаго вору удержать уже похищенное. Разбой представляетъ собой особенно тяжкое вторженіе и нарушеніе мирнаго общественнаго строя; впрочемъ древніе германцы относились съ большимъ презрѣніемъ къ кражѣ, имъ былъ противенъ въ кражѣ тайный способъ похищенія, коварство, вотъ почему за кражу назначалось повѣшаніе, а за разбой обезглавленіе. Въ наши дни, когда мирному порядку придается особо важное значеніе, разбой наказывается очень строго, а именно исправительнымъ домомъ.

Не только право собственности на матеріальныя вещи, но и права по отношенію въ предметамъ нематеріальнымъ, какъ напримѣръ право на *электрическую энергію*, *право авторское*, *право изобрѣтателя*, могутъ быть объектами пре-

ступныхъ посягательствъ. Въ этихъ областяхъ права посягательства караются спеціальными законами, такъ какъ примѣненіе понятія кражи по отношенію къ нарушеніямъ правъ нематеріальныхъ приводитъ къ неудачнымъ результатамъ. Преслѣдованіе по всѣмъ преступленіямъ, направленнымъ противъ нематеріальныхъ правъ, вчинается по частной жалобѣ потерпѣвшаго, потому что частный интересъ превалируетъ въ данномъ отношеніи надъ интересомъ публичнымъ, чего нѣтъ въ преступленіяхъ противъ права собственности, ибо собственникомъ является каждый, а обладателями нематеріальныхъ правъ являются только избранные.

Нѣкоторыя посягательства направлены противъ *обязательственныхъ правъ.*

Простое неисполненіе обязательства не считается по возрѣніямъ современнаго культурнаго строя преступленіемъ и не карается, всѣ эти нарушенія обязательственныхъ правъ отходятъ въ область права гражданскаго; хотя неоднократно выставлялось требованіе о преслѣдованіи въ уголовномъ порядкѣ нарушенія рабочими договоровъ въ виду того, что съ нихъ въ большинствѣ случаевъ невозможно взыскать возмѣщенія убытковъ, однако до сихъ поръ уголовная репрессія примѣняется въ данномъ отношеніи въ очень рѣдкихъ случаяхъ.

Наказуемыми считаются дѣянія, нарушающія тотъ имущественный базисъ, который обыкновенно кладется вѣрителями въ основу оказываемаго ими личнаго кредита. Главный видъ такихъ преступленій, это *банкротство.*

Прежде наказывался каждый несостоятельный должникъ, прекратившій платежи, но вскорѣ допущено было исключеніе для того, кто докажетъ, что несостоятельность наступила не по его винѣ. Теперь несостоятельность сама по себѣ ненаказуема, но уголовная репрессія примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ обманнымъ образомъ скрываетъ свое имущество или затемняетъ свое имущественное положеніе, напримѣръ, посредствомъ запутаннаго веденія книгъ или уничтоженія ихъ. Въ этихъ случаяхъ онъ лишаетъ кредиторовъ матеріала для удовлетворенія ихъ претензій, или же настолько затемняетъ положеніе дѣла, что не представляется

никакой возможности выяснить его матеріальныя обстоятельства и привести ихъ въ какое нибудь соотвѣтствіе съ требованіями кредиторовъ. Долгое время банкротство считалось спеціальнымъ преступленіемъ, субъектомъ котораго могъ быть только купецъ. По современному Германскому законодательству, субъектомъ банкротства можетъ быть всякое частное лицо, независимо отъ его званія или рода занятій. Злостное банкротство карается очень строго (исправительнымъ домомъ), потому что въ цѣляхъ поддержанія кредита необходимо энергичное и строгое преслѣдованіе тѣхъ лицъ, которыя подрываютъ столь неблаговидными, вредоносными способами кредитный строй. Для наказуемости банкротства необходимо прекращеніе платежей и объявленіе несостоятельности, потому что только въ этомъ случаѣ преступленіе банкротства можетъ принести кредиторамъ окончательный, неоспоримый ущербъ.

Кромѣ *злостнаго банкротства*, о которомъ шла рѣчь до сихъ поръ, наказывается также *простое банкротсиво*. Простое банкротство есть впаденіе должника въ неоплатность вслѣдствіе того, что онъ недостаточно осмотрительно и неправильно велъ торговыя книги или по легкомыслію вовсе ихъ не велъ (такой образъ дѣйствій можетъ быть инкриминированъ только купцу), легкомысленно распоряжался своими дѣлами, дѣлалъ чрезмѣрные расходы, или расточительно игралъ на биржѣ и потерялъ крупныя суммы.

§ 88.

Объектомъ цѣлаго ряда преступленій являются не отдѣльныя составныя *части имущества*, а все имущество въ совокупности, *имущественное положеніе*. Данное лицо можетъ продолжать обладаніе всѣми активными частямм своего имущества неприкосновенно и въ полномъ ихъ составѣ и все-же его имущественное положеніе можетъ оказаться пошатнувшимся, если онъ становится должникомъ другого лица и принужденъ, такимъ образомъ, отдать часть своего имущества или все свое имущество для покрытія этого долга. Такимъ образомъ человѣкъ состоятельный, не будучи лишенъ ни одной изъ

принадлежащихъ ему вещей, можетъ превратиться въ нищаго, благодаря насильственно или искуственно навязаннымъ ему долгамъ. Поэтому тотъ, кто противозаконно заставляетъ другого совершить какое нибудь дѣйствіе, каковымъ онъ хотя бы только для приведенія въ исполненіе своего обѣщанія, уменьшаетъ свое благосостояніе, виновенъ въ посягательствѣ на имущественныя права этого другого.

Если противозаконныя средства, къ которымъ прибѣгло данное лицо для побужденія другого предпринять дѣйствіе, уменьшающее его благосостояніе, заключаются въ насиліи или угрозахъ, то такое преступленіе называется *вымогательствомъ*. Угрозы не должны быть непремѣнно угрозами преступленіемъ; вымогательство будетъ налицо и въ томъ случаѣ, если побуждаютъ кого либо подписать вексель или выдать какой нибудь предметъ, угрожая ему законнымъ донесеніемъ или разоблаченіемъ.

Противозаконныя мѣры, къ которымъ прибѣгаютъ преступники, могутъ также выражаться въ *хитрости*, если, напримѣръ, побуждаютъ кого нибудь обманомъ заключить невыгодную сдѣлку, которую онъ бы не заключилъ, если бы зналъ обстоятельства въ ихъ истинномъ свѣтѣ. Въ данномъ случаѣ нѣтъ насилія надъ волей, она только вводится въ заблужденіе посредствомъ сообщенія ей ложнаго матеріала; такое преступленіе именуется *мошенничествомъ*.

Мошенничество можетъ быть совершено посредствомъ обмана третьихъ лицъ; обманутымъ лицомъ не долженъ быть непремѣнно потерпѣвшій, достаточно, если обманутымъ является лицо, которое въ состояніи распоряжаться имуществомъ потерпѣвшаго и совершаетъ подъ вліяніемъ обмана тѣ или другія дѣйствія, приносящія потерпѣвшему ущербъ; напримѣръ, обманываютъ повѣреннаго и такимъ образомъ наносятъ ущербъ довѣрителю.

Обманъ не принимается въ соображеніе при сдѣлкѣ ничтожной, безнравственной. Если подстрекатель обманываетъ убійцу, или воръ обманываетъ вора и посредствомъ этого обмана достигаетъ того, что плоды преступленія идутъ не въ пользу полѣдняго, или получаются имъ въ меньшемъ раз-

мѣрѣ, то такія взаимоотношенія не могутъ быть охраняемы закономъ, потому что если бы правопорядокъ, отстраняя отъ себя цѣликомъ такую сдѣлку какъ безнравственую, все же каралъ лицо воздѣйствующее противозаконнымъ образомъ на распредѣленіе выгодъ этой сдѣлки, то такой образъ дѣйствій былъ бы совершенно непослѣдователенъ.

Обманное выманиваніе подарка можетъ быть мошенничествомъ; правда, даритель знаетъ, что не получитъ за свой даръ непосредственнаго возмѣщенія, такъ что онъ не можетъ обмануться въ этомъ направленіи, за то онъ предполагаетъ, что дареніемъ осуществляются извѣстныя функціи экономическаго соціальнаго, гуманитарнаго характера и въ этихъ цѣляхъ совершаетъ дареніе; поэтому онъ терпитъ ущербъ, если даритъ и не достигаетъ намѣченной цѣли, напримѣръ, я дарю что нибудь лицу, которое выпрашиваетъ у меня милостыню, обманывая насчетъ своего бѣдственнаго положенія.

Обманъ презумируетъ введеніе въ заблужденіе, что можетъ выразиться въ возбужденіи ошибочнаго представленія или въ простомъ использованіи уже существующаго ошибочнаго представленія. Созданіе ошибочнаго представленія должно заключаться не въ простомъ ложномъ сообщеніи, но и въ подкрѣпленіи и усиленіи значенія сообщеннаго. Это подкрѣпленіе можетъ выражаться во внѣшнихъ манипуляціяхъ (напримѣръ, мошенникъ выдаетъ себя за графа и ведетъ соотственный train и благодаря этому получается большой кредитъ), но оно можетъ также выражаться въ настойчивой, убѣдительной наглядной формѣ сдѣланнаго сообщенія (напримѣръ, кто либо выманиваетъ подарокъ, выдавая себя за инвалида и разсказывая въ самой правдоподобной формѣ приключенія своей жизни).

Эксплоатація нужды, легкомыслія или неопытности является также дѣяніемъ противозаконнымъ. Въ первомъ изъ трехъ указанныхъ случаевъ преступное дѣяніе нѣсколько сродни вымогательству, но отличается отъ послѣдняго тѣмъ, что въ самой эксплоатаціи нужды нѣтъ элемента угрозы, таковая была бы на лицо лишь въ томъ случаѣ, если эксплоатирующій ставилъ на видъ эксплоатируемому, что продлитъ

или увеличить его нужду своимъ вмѣшательствомъ. Такъ напримѣръ, если я не даю жаждущему стакана воды, пока онъ не поднесетъ векселя на мое имя, во въ этомъ моемъ дѣяніи нѣтъ элемента угрозы, но наличность таковой была бы несомнѣнна, если бы я ставилъ на видъ лицу, находящемуся въ нуждѣ, что откажу ему въ ожидаемой помощи, пока онъ не обогатитъ меня выдачей мнѣ векселя. Въ послѣднемъ примѣрѣ мое дѣяніе составляло бы вымогательство, а въ первомъ ростовщичество. Ростовщичество есть именно эксплоатація объективнаго или субъективнаго бѣдственнаго положенія (нужды, легкомыслія, но опытности) съ цѣлью извлеченія такихъ выгодъ, которыя не соотвѣтствуютъ, получаемымъ обыкновенно въ добросовѣстномъ оборотѣ. Различаютъ два вида ростовщичества: процентное (Zinswucher) и *вещное* (Sachwucher). Вначалѣ наказывалось только процентное ростовщичество, при чемъ система наказанія была такова: до извѣстнаго размѣра взиманіе процентовъ считалось дозволеннымъ, а противозаконнымъ и наказуемымъ было объявлено только взиманіе роста свыше установленнаго размѣра узаконенныхъ процентовъ. Теперь эта система болѣе не существуетъ въ Германіи и допускается полная свобода роста, но ростовщичествомъ считается взиманіе чрезмѣрно высокихъ процентовъ путемъ эксплоатаціи указаннаго бѣдственнаго положенія. На ряду съ процентнымъ ростовщичествомъ стоитъ вещное, примѣромъ послѣдняго можетъ служить покупка по необычайной дешевой цѣнѣ, благодаря бѣдственному положенію продающаго.

Различіе между процентнымъ и вещнымъ ростовщичествомъ заключается еще въ томъ, что процентное ростовщичество наказуемо независимо отъ того, занимался ли виновный ростовщичествомъ какъ промысломъ, такъ что привычное занятіе растовщичествомъ служитъ только увеличивающимъ вину обстоятельствомъ, а для наказуемости вещнаго ростовщичества необходимымъ условіемъ является занятіе таковымъ какъ промысломъ.

Наконецъ, отмѣчу еще одинъ видъ имущественныхъ преступленій, заключающійся въ *злоупотребленіи властью*, пре-

доставленной данному лицу надъ извѣстнымъ *имуществомъ*, напримѣръ, правами опекуна или управителя имуществомъ. Кто употребляетъ во зло эту принадлежащую ему власть, заключая умышленно невыгодныя сдѣлки и принося такимъ образомъ ущербъ ввѣренному ему имуществу, тотъ виновенъ въ *злоупотребленіи довѣріемъ* (Untreue). Злоупотребляетъ довѣріемъ и тотъ, кто употребляетъ во зло право голоса, напримѣръ, на общихъ собраніяхъ акціонеровъ или кредиторовъ конкурса; каждый поданный голосъ имѣетъ значеніе, можетъ составить или усилить большинство, поэтому лицо, имѣющее право голоса, должно подавать его въ общихъ интересахъ дѣла, предпріятія, хотя, разумѣется, оно должно сообразоваться и съ личнымъ своимъ интересомъ. Но тотъ, кто продаетъ свой голосъ, т. е. за извѣстную выгоду подаетъ его въ пользу того или другого предложенія, тотъ погрѣшаетъ противъ меньшинства, ибо возможно, что онъ создаетъ своимъ голосомъ большинство въ пользу мнѣнія, неоправдываемаго существомъ дѣла, большинство, существованія котораго обусловлено именно такими недобросовѣстными побочными сдѣлками. Вотъ почему наказуемъ и подкупъ лицъ, подающихъ голосъ.

Злоупотребленіе довѣріемъ наказуемо и въ томъ случаѣ, если оно совершено виновнымъ не для своей пользы или пользы третьяго лица, важно только, чтобы данное дѣяніе имѣло своей цѣлью ущербъ имущественнымъ интересамъ того лица, по отношенію къ имуществу котораго виновному принадлежали извѣстыя полномочія. Между тѣмъ, необходимымъ элементомъ вымогательства, мошенничества и ростовщичества, является корысть, стремленія къ *выгодѣ* для себя лично или для третьяго лица.

§ 89.

Изложеннымъ заканчивается обозрѣніе главнѣйшихъ посягательствъ противъ индивидуальныхъ правъ. Изъ числа посягательствъ, направленныхъ противъ общихъ культурныхъ интересовъ, стоятъ на первомъ планѣ преступленія противъ *религіи*.

То или иное воззрѣніе на преступленія противъ религіи зависитъ прежде всего отъ религіозныхъ убѣжденій общества, отъ отношенія его къ вопросамъ исповѣданія.

Было время, когда законодатель, при обсужденіи религіозныхъ вопросовъ руководствовался тѣмъ принципомъ, что народъ, составляющій въ отношеніи политическомъ и соціальномъ единое цѣлое, необходимо долженъ являть то же единство и въ отношеніи исповѣданія. Въ эту эпоху исповѣданіе и распространеніе чужой вѣры преслѣдовалось и часто каралось суровыми жестокими наказаніями.

Нынѣ почти во всѣхъ государствахъ (за искюченіемъ Испаніи) господствуетъ принципъ свободы совѣсти, свободы исповѣданія; этотъ принципъ развился вполнѣ только въ XVIII вѣкѣ подъ могучимъ вліяніемъ идеи естественнаго права. Съ этой точки зрѣнія исповѣданіе или распространеніе иной вѣры, никогда не можетъ быть дѣяніемъ противозаконнымъ, потому что выборъ того или другого міровоззрѣнія долженъ быть предоставленъ свободному усмотрѣнію каждаго.

Тѣмъ не менѣе религіозныя преступленія возможны и теперь, поскольку, съ одной стороны, религіозныя общины (всѣ или нѣкоторыя) охраняются отъ поруганій и, съ другой стороны, не можетъ быть допущено неблаговидное нарушеніе богослуженія и обрядовъ вѣры. Современное право установило, впрочемъ, нѣкоторыя разграниченія въ этой области,—отъ поруганія охраняются только тѣ религіозныя общины, которыя составляютъ церковь или пользуются правами корпорацій, что-же касается нарушеній культа, то отъ подобныхъ посягательствъ законодательствомъ ограждаются всѣ безъ различія существующія въ государствѣ религіозныя общины. Согласно недавнему рѣшенію Reichsgericht'а даже армія спасенія причислена къ ограждаемымъ закономъ религіознымъ общинамъ, но съ такимъ толкованіемъ нельзя согласиться, ибо армія спасенія не представляетъ собой самостоятельной религіозной общины, она не обособляется отъ существующихъ религіозныхъ общинъ, не стремится создать какое либо новое вѣроисповѣданіе, и собранія членовъ арміи спасенія суть частныя сборища, а не богослуженія.

Охрана усопшихъ является также выраженіемъ религіознаго чувства. Предполагать (какъ это дѣлали) будто внѣ положительной религіи немыслимо существованіе религіозныхъ чувствованій, значитъ утверждать положеніе, противорѣчащее всей исторіи и всякому психологическому наблюденію. Въ основѣ охраны мертвецовъ лежитъ именно та мысль, что человѣкъ представляетъ изъ себя нѣчто божественное, и даже въ мертвой тѣлесной его оболочкѣ сохраняется еще часть этой божественности. Во всякомъ случаѣ охрана покойниковъ у насъ еще совершенно недостаточна, покойника охраняютъ почти исключительно только отъ нарушенія могильнаго мира, а не отъ надругаиій внѣ посягательства на самое могилу.

Половое цѣломудріе является также культурнымъ интересомъ, находящимся подъ охраной уголовнаго права. Выше было уже указано, что культурный порядокъ имѣетъ основанія запрещать половыя сношенія между близкими родственниками и объявлять ихъ наказуемыми. *Противоестественныя любострастныя дѣйствія* также составляютъ посягательство противъ культурныхъ интересовъ. Прежде ихъ наказывали сожженіемъ на кострѣ и другими тяжкими наказаніями, такъ какъ усматривали въ нихъ оскорбленіе Божества и посягательства противъ божественнаго порядка.

Въ современныхъ возрѣніяхъ по этому вопросу замѣчается направленіе въ пользу совершеннаго изъятія противоестественныхъ любострастныхъ дѣйствій изъ сферы уголовнаго права и предоставленія ихъ всецѣло на судъ общественнаго мнѣнія, какъ подпадающихъ сферѣ нравственной. Однако по Германскому Уложенію назначены наказанія за любострастныя дѣйствія между мущинами и съ животными. Мотивомъ уголовнаго преслѣдованія мужеложества послужило опасеніе, что въ случаѣ отсутствія серьезныхъ наказаній этотъ порокъ могъ бы широко развиться въ арміи, такъ какъ совокупность условій солдатской жизни представляетъ почву для этого, но я думаю, что для предотвращенія такихъ послѣдствій было бы совершенно достаточно дисциплинарныхъ предписаній, да кромѣ того эти дѣянія настолько

противны нѣмецкому духу, что мы могли бы отлично обойтись и безъ уголовной репрессіи.

Бигамія составляетъ также преступленіе противъ моногамическаго принципа нашей культуры, а не противъ прежняго супруга. Вотъ почему бигамія наказывается и въ томъ случаѣ, если прежній бракъ былъ недѣйствителенъ, разъ онъ еще не былъ признанъ таковымъ по судебному приговору.

Наряду съ этими интересами идеальнаго свойства, уголовное законодательство принимаетъ въ соображеніе и интересы *тѣлеснаго благосостоянія* (leibliche Wohlfahrt). Въ силу этого наказуемы распространеніе и содержаніе для продажи ядовитыхъ, опасныхъ для жизни и здоровья пищевыхъ продуктовъ, даже одежды и другихъ предметовъ жизненнаго обихода (напримѣръ керосину, дѣтскихъ игрушекъ) въ опасномъ для здоровья видѣ.

Наказуемо также поврежденіе жизненныхъ интересовъ посредствомъ *поджога*, *потопленія*, вообще посредствомъ стихійныхъ силъ, которыя разъ будучи пущены въ ходъ, ускользаютъ потомъ изъ подъ нашего господства. Подобныя дѣянія не только приносятъ вредъ отдѣльной личности, но препятствуютъ мирному развитію всего общества, представляя собой опасность для неопредѣленнаго множества имущественныхъ и личныхъ благъ человѣчества. По этой причинѣ такія дѣянія называются также *общеопасными преступленіями*. Типичнымъ видомъ такого преступленія является *поджогъ*, который прежде наказывался по началу таліона сожженіемъ на кострѣ. Теперь различаютъ при опредѣленіи наказуемости нѣсколько видовъ поджога; при этомъ различеніи принимается въ соображеніе, создалъ ли поджогъ непосредственную опасность для жизни, или только для имущественныхъ благъ значительной цѣнности или въ значительномъ количествѣ. Если поджогъ совершается съ цѣлью незаконнаго полученія страхового вознагражденія (Versicherungsbetrung), то онъ карается даже въ томъ случаѣ, если виновный уничтожилъ огнемъ только одинъ отдѣльный застрахованный предметъ.

Къ общеопаснымъ преступленіямъ должны быть отнесены

также поврежденія *средствъ сообщенія* (Verkehrsanstalten), приводимыхъ въ движеніе паромъ, электричествотъ или иными механическими силами; сюда относятся, разумѣется, и электрическія городскія дороги, горныя зубчато-колесные пути, но не конно-желѣзныя дороги. Недавно въ измѣненіе строгихъ постановленій германскаго уложенія былъ изданъ новый законъ, въ которомъ отвѣтственность за нѣкоторые незначительные виды такихъ поврежденій смягчена, напримѣръ, если велосипедистъ сталкивается съ вагономъ электрическаго трамвая, тутъ, очевидно, поврежденіе будетъ очень ничтожно и по новому закону велосипедистъ можетъ отдѣлаться денежнымъ штрафомъ.

Наряду съ интересами духовнаго и тѣлеснаго благосостоянія принимаются въ соображеніе также интересы *мирнаго строя жизни* (Friedensordnung), такъ какъ миръ является однимъ изъ условій какъ духовнаго, такъ и матеріальнаго развитія культуры. Старое право различало въ данномъ отношеніи носящія на себѣ печать особаго мира помѣщенія, промежутки времени, обстоятельства; нарушеніе мирнаго строя являлось квалифицирующимъ вину обстоятельствомъ при дѣяніяхъ, и безъ того наказуемыхъ, и служило основаніемъ наказуемости поступковъ, вполнѣ дозволенныхъ внѣ такого нарушенія. Теперь мы можемъ обходиться безъ такихъ спеціальныхъ постановленій, принимая нарушеніе мирныхъ условій просто за увеличивающее вину обстоятельство или же, разматривая подобныя нарушенія, напримѣръ такъ называемое *нарушеніе домашняго мира* (Hausfriedensbruch), какъ проступки противъ личности. Но нарушеніе общаго мира (Landfriedensbruch) карается особыми постановленіями. Landfriedensbruch налицо, если собирается нестройная толпа людей и совершаетъ насильственныя дѣйствія или даже просто проникаетъ въ дома съ цѣлью совершенія подобныхъ насильственныхъ дѣйствій. Такія дѣянія строго наказываются, особенно суровымъ наказаніямъ подвергаются предводители подобныхъ движеній скопомъ, т. н. Rädelsführer.

§ 90

Серьезнымъ характеромъ отличаются преступленія противъ установленій гражданскаго оборота. Въ группѣ этихъ преступленій первое мѣсто занимаютъ посягательства противъ института денежнаго обращенія, а именно *поддѣлка денежныхъ знаковъ* и тому подобныя преступленія. Деньги являются однимъ изъ наиболѣе плодотворныхъ и необходимыхъ институтовъ общественнаго оборота, но благотворное ихъ вліяніе зависитъ, въ существенной мѣрѣ, отъ абсолютной и незыблимой вѣры въ ихъ подлинность. Фальшивыя деньги не только наносятъ ущербъ отдѣльному лицу; если въ обращеніи находится значительное количество фальшивой монеты, то отъ этого страдаетъ легкость и прочность всего денежнаго обращенія, а внѣ этихъ условій деньги не могутъ выполнять своихъ функцій. Право чеканить монету принадлежало прежде не только государствамъ, но и отдѣльнымъ городамъ, и даже нѣкоторымъ частнымъ лицамъ. Въ то время предусматривалось два вида посягательствъ противъ денежнаго обращенія: а) болѣе легкое,—если лицо, не обладающее правомъ чеканить монету, выпускало въ обращеніе монеты отъ своего имени и б) болѣе тяжкое,—если лицо, пользующееся такимъ правомъ, злоупотребляло имъ и выпускало въ обращеніе неполноцѣнную монету. Современное законодательство предусматриваетъ совершенно иныя преступленія, заключающіяся въ изготовленіи кѣмъ либо монеты и снабженіи ея клеймомъ государства, которому единственно принадлежитъ право чеканки монеты, или въ распространеніи такой монеты, или въ уменьшеніи ея цѣнности обрѣзываніемъ и т. п. способами. Изготовленіе фальшивыхъ денегъ наказуемо и въ томъ случаѣ, если они еще не были выпущены въ обращеніе, разъ только виновный намѣренъ былъ воспользоваться приготовленными знаками какъ деньгами. Выпускъ въ обращеніе фальшивой монеты карается различно въ зависимости отъ того, выпускалъ ли ее виновный, завѣдомо зная, что она поддѣльная и запасшись ею отъ лицъ, изготовившихъ ее именно съ цѣлью пустить ее въ оборотъ,

или же получилъ ее случайно и пустилъ въ ходъ. Тогда какъ въ прежнее время подъ поддѣлкой денегъ понималась только поддѣлка звонкой монеты и фальшивые монетчики карались по началу таліона сожженіемъ, теперь подъ понятіе этого преступленія подведены также поддѣлка бумажныхъ денегъ, банковыхъ билетовъ и другихъ бумагъ на предъявителя.

Весьма важнымъ установленіемъ гражданскаго оборота является *документъ*. Документы имѣютъ значеніе и созданы не только для судебнаго доказательства, но и для интересовъ общественнаго оборота вообще, такъ напримѣръ, квитанція, заемное письмо, вексель, наконецъ завѣщаніе. Значеніе документовъ также покоится на незыблимости ихъ подлинности. Поэтому лицо, совершившее подлогъ документовъ, т. е. изготовившее фальшивый документъ, или измѣнившее содержаніе подлиннаго документа съ цѣлью выдать эту поддѣлку за настоящій документъ, уменьшаетъ то довѣріе, которымъ необходимо должны пользоваться въ оборотѣ документы для выполненія своихъ функцій. Такимъ образомъ поддѣлка документовъ является тяжкимъ преступленіемъ противъ необходимаго для оборота института; въ этомъ преступленіи различаютъ нѣсколько видовъ,—подлогъ частныхъ документовъ, подлогъ оффиціальныхъ документовъ, привычный подлогъ, подлогъ съ корыстной цѣлью имущественнаго обогащенія (этотъ послѣдній видъ подлога карается заключеніемъ въ исправительный домъ). Подлогъ документовъ считается законченнымъ не съ момента изготовленія подложнаго документа, но съ того момента какъ документъ этотъ былъ пущенъ въ ходъ съ обманной цѣлью, если даже третьи лица не впали въ заблужденіе и немедленно раскрыли обманъ. Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что возможно совпаденіе въ одномъ дѣяніи подлога и мошенничества, разъ третье лицо дѣйствительно обмануто поддѣльнымъ документомъ и понесло ущербъ,— эти послѣдствія присоединяютъ къ первоначальному преступленію подлога новые наказуемые моменты. Не всякій письменный актъ почитается документомъ; въ томъ случаѣ, когда онъ не носитъ характера оффиціальнаго документа, содержаніе его должно имѣть значеніе для правъ или юридиче-

скихъ отношеній, а не представлять изъ себя простое выраженіе мнѣній или желаній, не имѣющихъ отношенія къ вопросамъ гражданско-правового оборота. Такими письменными актами, подлогъ которыхъ преслѣдуется наравнѣ съ подлогомъ оффиціальныхъ документовъ, являются въ частности договоры, завѣщанія, росписки, протоколы должностныхъ лицъ. Но, напротивъ, случайное письмо, содержащее въ себѣ простую замѣтку, не считается документомъ, хотя бы эта замѣтка могла имѣть посредствующее значеніе для юридическихъ отношеній, въ томъ смыслѣ, что могла бы послужить матеріаломъ для вывода тѣхъ или иныхъ заключеній. Медицинское свидѣтельство, паспортъ, разсчетная книжка не являются документами въ приведенномъ смыслѣ, однако спеціальными законодательными постановленіями преслѣдуется подъ страхомъ наказанія и подлогъ такихъ документовъ. Равнымъ образомъ спеціальными законодательными постановленіями преслѣдуется перемѣщеніе границъ, которое прежде каралось очень сурово.

Особенно любопытный видъ подлога документовъ, на которомъ останавливаются уже итальянскія законодательства XIII вѣка, представляетъ, такъ называемый, *интеллектуальный подлогъ* (intellektuelle Fälschung). Онъ заключается въ томъ, что поддѣлывается не самый документъ, а излагается въ немъ подложно несоотвѣтствующее содержаніе, т. е. благодаря дѣйствіямъ виновнаго создается документъ, сообщающій фальшивыя данныя. Если, напримѣръ, должностное лицо составляетъ документъ въ подтвержденіе якобы случившихся въ его присутствіи событій, въ дѣйствительности непроисходившихъ, то такой подлогъ будетъ подлогомъ интеллектуальнымъ. Но и частное лицо, не могущее составлять оффиціальныхъ документовъ, можетъ совершить такой подлогъ, если оно обманываетъ должностное лицо и такимъ образомъ побуждаетъ его, безъ его вѣдома, подтвердить документально ложныя данныя. Напримѣръ, кто нибудь выдаетъ себя за другое лицо и отъ его имени даетъ удостовѣреніе (Zeugniss), или кто нибудь сдаетъ экзаменъ за другого и, такимъ образомъ, по его винѣ составляется невѣрный экзаменаціонный

протоколъ, или кто нибудь отбываетъ за другого наказаніе или воинскую повинность и, слѣдовательно, по его винѣ въ спискахъ заключенныхъ или военнослужащихъ помѣщаются неправильныя записи. Подобнаго рода дѣянія могутъ быть подведены въ современномъ законодательствѣ только подъ понятіе подлога документовъ и поэтому, если бы въ вышеприведенныхъ примѣрахъ, должностныя лица или учрежденія, органы власти не составили никакихъ документовъ, то такое дѣяніе не могло бы быть наказано. Это недостатокъ нашего законодательства, потому что слѣдовало бы установить наказуемость всякаго дѣйствія предъ органомъ управленія (Behörde), посредствомъ котораго возбуждается въ немъ ложное представленіе о фактахъ, подлежащихъ удостовѣренію со стороны даннаго органа.

Особенно важное значеніе имѣетъ подлогъ въ актахъ состоянія посредствомъ сообщенія ложныхъ свѣдѣній. Акты состоянія служатъ не только подтвержденіемъ того обстоятельства, что данное лицо сообщило данныя свѣдѣнія, но и доказательствомъ сообщеннаго факта (до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ опровергнутъ), напримѣръ, самого факта рожденія или смерти, потому что должностныя лица, на коихъ возложено составленіе актовъ состоянія, должны вносить записи не слѣпо, а на основаніи надлежащей провѣрки. Поэтому лицо, вслѣдствіе ложныхъ показаній котораго въ акты состоянія вносятся невѣрныя записи, совершаетъ подлогъ, между тѣмъ, какъ дача ложныхъ свидѣтельскихъ показаній предъ судьей не составляетъ подлога, потому что судья записываетъ показаніе въ томъ видѣ, въ какомъ оно дано и не обязанъ подвергать его провѣркѣ, почему и предоставляется ему по своей оцѣнкѣ и усмотрѣнію вѣрить тому изъ показаннаго, что ему кажется заслуживающимъ довѣрія.

Спеціальнымъ институтомъ правового оборота является *присяга*. Присяга первоначально представляетъ собой простой зарокъ (Verwünschung) и самозаклинаніе (Selbstverfluchung), которые, предположительно, влекутъ за собой рано или поздно несчастія на голову виновнаго. Но съ давнихъ поръ уже присяга разсматривается съ правовой точки зрѣнія какъ особо

торжественное сообщеніе, за истинность котораго данный человѣкъ ручается всей своей личностью, такъ что ложь въ такомъ сообщеніи влечетъ за собой тяжкую кару для личности виновнаго. Въ старыхъ законодательствахъ ложная присяга наказывалась по принципу таліона отсѣченіемъ руки или пальцевъ, поднимаемыхъ при клятвѣ; въ настоящее время завѣдомо ложная присяга карается заключеніемъ въ исправительный домъ, а неосторожная лже-присяга тюрьмой. Присягой считается, въ этомъ отношеніи, присяга судей, а также свидѣтелей и экспертовъ данная передъ судьей, или органомъ управленія, или наконецъ передъ органомъ добровольной юрисдикціи, которому по закону предоставлено право требовать присягу.

Къ числу культурныхъ институтовъ должно быть отнесено прежде всего само *государство*, являющееся въ современномъ своемъ видѣ плодомъ многовѣковой упорной борьбы и тщательныхъ усовершенствованій. Этотъ достойный удивленія организмъ составляетъ базисъ человѣческаго благосостоянія, и тотъ, кто возстаетъ противъ государства, тотъ возмущается противъ первоисточника права и культуры и грозитъ намъ ужасами анархіи и безпорядочнаго хаоса. Вотъ почему преступленія, имѣющія своей цѣлью ниспроверженіе государства, караются особенно строго. Эти преступленія направляются или противъ всякаго государства вообще и стремятся къ установленію внѣгосударственнаго порядка, или только противъ даннаго исторически сложившагося типа государства и его узаконенной формы, сохраняя идею государства и задаваясь только цѣлью измѣнить его обликъ. Оба описанныхъ вида анти-государственныхъ посягательствъ обыкновенно называютъ однимъ общимъ именемъ—*бунтъ противъ власти верховной* (Hochverrat), между тѣмъ посягательства перваго рода, очевидно, представляются значительно болѣе тяжкими, такъ какъ они имѣютъ своей цѣлью совершенное уничтоженіе государственнаго строя и лишить насъ плодовъ многовѣковыхъ усилій. Было бы, поэтому, своевременнымъ, принять спеціальныя мѣры противъ анархистскихъ стремленій и распространенія анархистскихъ ученій, потому что анархистское движеніе гораздо опаснѣе, чѣмъ, напримѣръ, республи

канское движеніе, направленное къ насильственному ниспроверженію монархіи, или монархистское, стремящееся къ насильственному ниспроверженію республиканскаго строя. Надо, впрочемъ, помнить, что и въ республиканскихъ или монархистскихъ движеніяхъ, лица, возмутившія толпу, разжегшія ея духъ, ея страсти, рѣдко сохраняютъ свое господство надъ ними, и подобныя насильственныя перемѣны, или стремленія къ перемѣнѣ, могутъ, противъ воли зачинщиковъ и предводителей, имѣть своимъ результатомъ многолѣтнее запустѣніе и упадокъ культуры.

Бунтомъ противъ верховной власти называется не только посягательство противъ государственнаго порядка управленія въ цѣломъ его составѣ, но и посягательство противъ какого либо отдѣльнаго, конкретнаго института управленія, напримѣръ, государственной измѣной будетъ сверженіе съ трона одного изъ владѣтельныхъ князей въ пользу его наслѣдника, или насильственное изъятіе части государственной территоріи изъ подъ власти государства, и, слѣдовательно, лишеніе государственной власти части принадлежащихъ ей, въ силу основныхъ законовъ, правъ.

Отъ бунта отличается *государственная измѣна* (Landesverrat). Преступленіе государственной измѣны обнимаетъ собой дѣянія, имѣющія своимъ предметомъ посягательства на положеніе своего государства по отношенію къ иностраннымъ. Если цѣль такого преступленія заключается въ совершенномъ претвореніи родного государства въ иноземномъ, то государственная измѣна совпадаетъ съ преступленіемъ бунта, но если эта цѣль сводится только къ ослабленію, въ военномъ или дипломатическомъ отношеніи, родного государства по сравненію съ чужеземнымъ, тогда дѣяніе это не выходитъ изъ области государственной измѣны.

Спеціальнымъ видомъ государственной измѣны, который технически выдѣляется изъ общаго понятія, считается *выдача военныхъ тайнъ*. Предметомъ выдачи являются при этомъ преступленіи данныя, касающіяся интересовъ защиты родины, между тѣмъ какъ государственная измѣна вообще можетъ выражаться и въ сообщеніи или разглашеніи дипломатиче-

скихъ актовъ, и, слѣдовательно, въ составъ этого преступленія не долженъ входить непремѣнно элементъ военный. Нѣсколько лѣтъ тому назадъ, когда шла рѣчь объ опубликованіи дневниковъ императора Фридриха, понятіе государственной измѣны подверглось всестороннему обсужденію; тогда было заключеніе, что въ такомъ опубликованіи содержатся, съ объективной стороны, признаки государственной измѣны. Но такой выводъ неправиленъ, ибо государственной измѣной можетъ считаться только опубликованіе дипломатическихъ соображеній и обстоятельствъ, имѣющихъ современное значеніе, а не опубликованіе прошедшихъ, совершившихся уже событій, если даже оно могло бы какимъ либо образомъ вызвать неудовольствіе, въ противномъ случаѣ положена была бы преграда всякимъ историческимъ изслѣдованіямъ.

Къ группѣ государственныхъ преступленій относятся еще другія дѣянія, заключающія въ себѣ посягательство противъ частныхъ элементовъ государственной жизни, такъ напримѣръ, *подлоги на выборахъ* (Vahlfälschung), *сопротивленіе властямъ*. Сопротивленіе властямъ заключается или въ дѣйствіяхъ, направленныхъ на насильственное принужденіе какого либо органа власти къ принятію того или другого рѣшенія, или-же въ насильственныхъ дѣяніяхъ противъ органа власти, осуществляющаго исполнительныя функціи. Особенно тяжко карается второй видъ сопротивленія, если онъ совершается скопомъ, т. е. безпорядочной массой людей, и тогда онъ называется *возстаніемъ* (Aufruhr). Отъ возстанія надо различать *мятежъ* (Meuterei); мятежомъ называются насильственныя дѣйствія скопомъ, предпринимаемыя по уговору заключенными съ цѣлью побѣга, или сопротивленія властямъ, а также возмущеніе матросовъ, выражающееся въ насильственныхъ дѣйствіяхъ совокупными усиліями противъ начальника.

Другую группу государственныхъ преступленій составляютъ такъ называемыя *преступленія по должности*. Отношенія между должностными лицами и государствомъ основаны на довѣріи и преданности, и нарушеніе этихъ элементовъ преслѣдуется въ дисциплинарномъ порядкѣ. Однако эти нарушенія могутъ носить столь тяжкій характеръ, что государ-

ство выдѣляетъ ихъ изъ группы дисциплинарныхъ проступковъ и подвергаетъ преслѣдованiю въ общемъ уголовномъ порядкѣ. Разница между простой дисциплинарной провинностью и преступленiемъ по должности не можетъ быть установлена съ точностью; уголовно-наказуемымъ преступленiемъ почитается такое нарушенiе долга службы, которое не только расшатываетъ внутреннiй дисциплинарный порядокъ, но, по значительности своихъ послѣдствiй, отражается и на всемъ обществѣ, причиняя ему непосредственный ущербъ или угрожая таковымъ. Преступленiя по должности могутъ носить: а) *смѣшанный* характеръ, т. е. представлять собой дѣянiя преступныя и съ обще-гражданской точки зрѣнiя, въ такихъ случаяхъ, преступленiе должностного лица, именно вслѣдствiе привхожденiя элемента нарушенiя служебнаго долга, карается строже чѣмъ подобный же поступокъ частнаго лица, и б) быть *чисто-должностными* преступленiями, т. е. могущими быть совершенными только въ области службы, наказуемыми только вслѣдствiе ихъ противо-служебнаго значенiя и не составляющими обще-гражданскаго правонарушенiя, подлежащаго уголовной репрессiи. Къ первой группѣ относятся,—хищенiя и присвоенiя ввѣреннаго по службѣ имущества, должностные подлоги, уничтоженiе различныхъ актовъ, затѣмъ насилiе, тѣлесное поврежденiе, лишенiе свободы и нарушенiе домашняго мира, если эти преступленiя совершены при отправленiи должности. Ко второй группѣ относится пассивное *взяточничество* (Bestechung), заключающееся въ принятiи должностнымъ лицомъ имущественныхъ выгодъ въ видахъ совершенiя дѣянiй противныхъ долгу службы, или въ вознагражденiе за подобныя уже совершенныя дѣянiя. Требованiе мзды или выговариванiе вознагражденiя равнозначаще принятiю таковаго.

Частныя лица за дачу взятокъ также подвергаются отвѣтственности, но это дѣянiе карается легче и притомъ только въ томъ случаѣ, если взятка дана въ цѣляхъ будущаго совершенiя должностнымъ лицомъ чего либо противнаго обязанностямъ службы, а не въ видѣ вознагражденiя за что либо уже совершенное.

Къ чисто-служебнымъ преступленіямъ относятся также *неправосудіе* (Rechtsbeugung), т. е. умышленно несправедливое рѣшеніе судьей подлежащаго его разсмотрѣнію дѣла, затѣмъ *превариканія*, т. е. дѣйствія повѣреннаго по судебнымъ дѣламъ во вредъ интересамъ своего довѣрителя, и quasi—превариканія публичнаго обвинителя посредствомъ умышленнаго противозаконнаго невчинанія уголовнаго преслѣдованія.

§ 91.

Этимъ я заканчиваю бѣглый обзоръ области тѣхъ человѣческихъ проступковъ, которые вызываютъ уголовно-правовую реакцію, и по отношенію къ которымъ уголовный судъ осуществляетъ свои карательно-искупительныя функціи. Выработка ясныхъ рѣзко очерченныхъ понятій въ этой области, составляетъ задачу современной науки и законодательства и задача эта вполнѣ цѣлесообразна, потому что принципъ nullum crimen, nulla poena sine lege проникаетъ собой весь нашъ правопорядокъ. При строго-разграничительной фиксаціи инкриминируемыхъ преступленій, судья не можетъ пополнять уголовный законъ, не можетъ устанавливать новыхъ, непредусмотрѣнныхъ закономъ, деликтовъ. Но наука, при фиксаціи уголовно-правовыхъ понятій, должна развивать свои взгляды безъ педантизма и не упускать изъ виду, во-первыхъ, исторической эволюціи уголовно-правовыхъ институтовъ, во-вторыхъ—задачъ и цѣлей уголовныхъ законодательныхъ предписаній.

§ 92.

Кромѣ общаго уголовнаго кодекса, существуютъ еще спеціальныя уголовныя постановленія для лицъ *военнаго сословія* и для условій *военнаго строя* вообще. Воинская дисциплина, съ одной стороны, и съ другой стороны, серьезные конфликты, порождаемые войной, вызываютъ необходимость въ фиксаціи спеціальныхъ видовъ преступленій и въ созданіи, для нѣкоторыхъ случаевъ, спеціальной отвѣтственности. Такъ напримѣръ, помимо бунта противъ власти верховной

и государственной измѣны, военно-уголовный кодексъ предусматриваетъ еще *военную измѣну* (Kriegsverrat), т. е. помощь, оказываемую какимъ нибудь лицомъ изъ военнаго сословія (или кѣмъ либо, пребывающимъ на полѣ военныхъ дѣйствій) врагу въ военное время. Сюда относятся,—выдача лозунга, передача непріятелю укрѣпленнаго мѣста и вообще капитуляція, если она послѣдовала до того, какъ были истощены всѣ средства защиты. Другое спеціально воинское преступленіе составляетъ *дезертирство*, т. е. побѣгъ солдата съ цѣлью уклоненія отъ службы. Дезертирство считается тяжкимъ преступленіемъ, когда оно учинено въ военное время или изъ осажденной крѣпости.

Трусость также считается преступленіемъ съ военно-уголовной точки зрѣнія, особенно если она выражается въ бѣгствѣ предъ врагомъ, но также въ трусливомъ избѣганіи битвы или симулированіи болѣзни съ цѣлью уклониться отъ участія въ сраженіи.

Наказуемымъ считается также произволъ и жестокое обращеніе съ пострадавшимъ отъ войны населеніемъ. Къ этому разряду преступленій относится, главнымъ образомъ, такъ называемое *мародерство* (Plünderung). Въ составъ мародерства входятъ нѣсколько различныхъ преступленій, которыя по общимъ уголовнымъ законамъ строго разграничены, а именно: кража, разбой, вымогательство, если эти преступленія совершены были посредствомъ использованія военной силы и того ужаса, который естественно порождается войной въ мирномъ населеніи. Отнятіе съѣстныхъ припасовъ и другихъ предметовъ воинскаго продовольствія не считается, однако, мародерствомъ, потому что по принципамъ международнаго права, отобраніе у непріятеля во время военныхъ дѣйствій подобныхъ вспомогательныхъ для веденія войны средствъ считается дозволеннымъ, независимо отъ того, доставлено ли было вознагражденіе за отобранные припасы. По военно-уголовнымъ законамъ тяжко карается также ограбленіе мертвыхъ, или больныхъ и безпомощныхъ воиновъ, независимо отъ того, принадлежалъ ли ограбленный къ войску преступника или былъ военноплѣннымъ, охрана котораго поручена ему.

Специальный классъ преступленій составляютъ нарушенія военной дисциплины, выражающіяся въ неисполненіи приказаній начальства, несоблюденіи порядка подчиненности, или въ превышеніи и злоупотребленіи властью.

Въ извѣстныхъ случаяхъ военно-уголовные законы примѣняются и къ преступленіямъ, совершеннымъ частными лицами, особенно къ военной измѣнѣ и ограбленію труповъ.

3. Уголовный процессъ.

§ 93.

Къ выдѣлившемуся изъ гражданскаго процесса уголовному процессу примѣнялись первоначально правила гражданскаго судопроизводства. Мѣсто истца занимаетъ обвинитель, а мѣсто отвѣтчика—обвиняемый и принципъ гражданскаго процесса „нѣтъ суда безъ жалобы“ остается въ силѣ.

При такомъ типѣ уголовнаго процесса роль обвинителя можетъ принадлежать или только *потерпѣвшему* или же каждому гражданину въ качествѣ представителя всего общества (система Popularanklage).

Но существуетъ еще средній путь, заключающійся въ томъ, что при болѣе важныхъ преступленіяхъ обвинителемъ является потерпѣвшій, а для цѣлаго ряда другихъ деликтовъ обвинителемъ выступаетъ публичный представитель (напримѣръ лѣсничій по поводу лѣсныхъ порубокъ).

Однако такой порядокъ, съ развитіемъ и осложненіемъ условій общественной жизни, оказывается неудовлетворительнымъ. Все чаще повторяются такіе случаи, что потерпѣвшій, вслѣдствіе подкупа, угрозъ или просто изъ соображеній личнаго удобства, не возбуждаетъ преслѣдованія за совершенное преступленіе. Съ этимъ явленіемъ боролись всевозможными способами и самымъ радикальнымъ средствомъ оказалось уничтоженіе обвинительной системы и преобразованіе уголовнаго процесса по принципу *слѣдственному* или, какъ онъ назывался въ средніе вѣка, *инквизиціонному*. Это преобразованіе произошло совершенно самостоятельно и почти

повсемѣстно. Оно совершилось частью подъ вліяніемъ идей божественнаго права, согласно которому преступленіе разсматривалось какъ оскорбленіе божества, неизбѣжно требовавшее искупленія, частью подъ вліяніемъ права военачальниковъ, такъ какъ послѣдніе требовали обязательнаго наказанія для нѣкоторыхъ преступленій, часто, наконецъ, мудрый законодатель рѣшался на преобразованіе уголовнаго процесса въ интересахъ дисциплины или въ интересахъ общаго народнаго блага. Въ римскомъ правѣ позднѣйшей эпохи мы встрѣчаемъ уже слѣдственный процессъ, мы находимъ его даже у нѣкоторыхъ, такъ называемыхъ, первобытныхъ народовъ съ развитымъ правомъ военачальниковъ.

Въ исторіи романско-германскаго процесса рѣшающимъ моментомъ является указъ папы Иннокентія III, которымъ былъ введенъ слѣдственный процессъ въ духовныхъ судахъ; это видоизмѣненіе процесса не имѣло характера новшества, а разсматривалось какъ естественный выводъ изъ источниковъ римскаго права. Вслѣдъ за духовными судами и свѣтскіе суды въ Италіи восприняли въ XIII вѣкѣ слѣдственный принципъ судопроизводства. Слѣдственное начало не должно было совершенно вытѣснить обвинительный принципъ и должно было примѣняться только въ тѣхъ случаяхъ, когда обвинитель отсутствовалъ или неосновательно уклонялся отъ обвиненія. Съ такимъ положеніемъ уголовнаго процесса мы встрѣчаемся и въ законодательномъ кодексѣ Карла V— Каролинѣ. Въ виду того, что роль обвинителя была незавидна и возлагала тягостныя обязанности, обвинительный принципъ, естественно, все болѣе и болѣе стушевывался и уступилъ свое мѣсто принципу слѣдственному, который, такимъ образомъ, сталъ общимъ правиломъ.

Сущность слѣдственнаго принципа заключается въ томъ, что уголовный процессъ вообще не представляетъ собой состязанія сторонъ, нѣтъ ни истца, ни отвѣтчика, процессъ можетъ начаться безъ всякой жалобы, и нѣтъ никого, кто имѣлъ бы, въ качествѣ обвинителя, рѣшающее вліяніе на исходъ процесса или на самое его вчатіе. Судья можетъ начать процессъ по своему усмотрѣнію и ведетъ его по

своему убѣжденію, не соображаясь ни съ какими жалобами обвинителя. Слѣдственный процессъ представляетъ собой не споръ между двумя сторонами, а отношеніе между государствомъ и подсудимымъ, причемъ судья обязанъ принять всѣ необходимыя, по его мѣнію, средства для достиженія цѣли, заключающейся въ разрѣшеніи вопроса о томъ, имѣетъ ли государство право примѣнить въ данномъ конкретномъ случаѣ наказаніе.

§ 94.

Съ теченіемъ времени обнаружился цѣлый рядъ неудобствъ и несовершенствъ слѣдственнаго процесса. Слѣдственный процессъ требовалъ отъ судьи чрезмѣрно разносторонней дѣятельности,—тщательное и всестороннее изслѣдованіе всѣхъ обстоятельствъ дѣла, чуждое всякаго пристрастія распредѣленіе тѣни и свѣта—такая задача по силамъ развѣ идеальному судьѣ, а идеальные судьи встрѣчались очень рѣдко. Въ слѣдственномъ процессѣ судья искалъ вины, онъ шелъ по стопамъ ея, старался найти ея признаки, при такомъ положеніи онъ далеко не всегда былъ въ состояніи безпристрастно изслѣдовать другую сторону дѣла, безъ предубѣжденія принять въ соображеніе обстоятельства, говорящія противъ признанія подсудимаго виновнымъ. Судья нерѣдко превращался въ обвинителя, закрывавшаго глаза на всѣ средства оправданія и смотрѣвшаго на защиту какъ на лишній балластъ или какъ на нѣчто, имѣющее своей исключительной цѣлью искаженіе истиннаго положенія дѣла и преграждёніе правильнаго хода правосудія. Допущеніе спеціальныхъ защитниковъ не устранило описанныхъ недостатковъ, потому что эти защитники не могли уничтожить односторонней вполнѣ извинительной предубѣжденности судьи. Устранить замѣченный недостатокъ слѣдственнаго процесса можно было только путемъ освобожденія судьи отъ обязанности розыска уликъ преступленія и обвинительныхъ моментовъ, и передачи этой обязанности въ руки другого лица.

Во Франціи издавна существовалъ институтъ, предна-

значенный для выполненія вышеуказаннаго пробѣла и исправленія недостатковъ слѣдственнаго процесса, это—*прокуратура*. Первоначально институтъ прокуроровъ имѣлъ совершенно иное значеніе, „procureurs“ были финансовыми чиновниками и въ качествѣ таковыхъ обязаны были наблюдать за правильнымъ поступленіемъ пошлинъ, податей и налоговъ. Къ числу главнѣйшихъ государственныхъ доходовъ относился доходъ съ судовъ, особенно уголовныхъ, потому что денежныя наказанія были въ то время особенно въ ходу, и кромѣ того часто примѣнялась конфискація имущества преступниковъ. На обязанности прокурора лежалъ надзоръ и за поступленіемъ этихъ доходовъ, но кромѣ того въ кругъ его обязанностей входило также выслѣживаніе преступленій, разоблаченіе ихъ, чтобы дать, такимъ образомъ, судамъ возможность, по разсмотрѣніи дѣла, примѣнить денежное наказаніе или конфискацію. Этотъ родъ дѣятельности прокурора получалъ особое значеніе въ виду того, что прокуроръ долженъ былъ отстаивать интересы королевскаго суда и заботиться о томъ, чтобы суды графствъ не оказались приносящими больше дохода. Такимъ образомъ прокуроръ превратился въ дѣятельный органъ уголовнаго процесса, и преимущественной его задачей стало слѣдить за приведеніемъ въ исполненіе наказаній, а также давать суду поводъ и матеріалъ для преслѣдованія преступника и примѣненія къ нему наказанія. Эти функціи прокуроръ исполнялъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣнялись тѣлесныя наказанія или лишеніе жизни, уже по одной той причинѣ, что лишеніе жизни очень часто соединялось съ конфискаціей имущества осужденнаго.

Этотъ институтъ прокуратуры перешелъ и въ законодательства другихъ странъ, въ частности въ Германское законодательство. Прокуроръ обязанъ разслѣдовать преступленія, собирать матеріалъ, представлять его суду и позднѣе—способствовать приведенію въ исполненіе наказанія. Благодаря введенію этого судебнаго органа, устраняется большинство вышеуказанныхъ недостатковъ слѣдственнаго процесса, судья не долженъ больше розыскивать преступленія и доказательства виновности и поэтому въ состояніи выполнять безпристрастно и по справедливости свою трудную задачу.

Прокуроръ исполняетъ, съ внѣшней стороны, роль лица, вчинающаго жалобу, онъ даетъ толчекъ уголовному преслѣдованію, и безъ него не можетъ происходить уголовный процессъ. Такое положеніе прокурора порождаетъ впечатлѣніе, какъ будто онъ дѣйствительно является жалобщикомъ, истцомъ, а подсудимый отвѣтчикомъ, какъ будто въ наше время вновь возродился обвинительный процессъ, процессъ состязающихся сторонъ. Но это впечатлѣніе только кажущееся,—прокуроръ не истецъ, не жалобщикъ, онъ даетъ толчокъ обвиненію, но (по крайней мѣрѣ въ Германіи) процесъ не находится въ его власти, онъ не можетъ отказаться отъ преслѣдованія, и судья вправѣ при опредѣленіи наказанія выйти за предѣлы предъявленнаго прокуроромъ обвиненія. Болѣе того, по уставу Германскаго уголовнаго судопроизводства, на обязанности прокурора лежитъ не только собираніе данныхъ, говорящихъ противъ подсудимаго, доказывающихъ его виновность, но и такихъ, которыя говорятъ въ пользу подсудимаго, даютъ поводъ къ его оправданію или къ уменьшенію наказанія, и тотъ прокуроръ, который оставилъ бы безъ вниманія обстоятельства, говорящія въ пользу подсудимаго, совершилъ бы прямое и тяжкое нарушеніе своего долга.

Отмѣченныя особенности ясно указываютъ намъ, что роль прокурора въ современномъ уголовномъ процессѣ существенно рознится отъ роли обвинителя въ процессѣ состязательномъ, и дѣйствительно, было бы слишкомъ странно, еслибы мы, сознавая всѣ недостатки и невыгоды стараго обвинительнаго процесса, отказались отъ преимуществъ слѣдственнаго процесса и вернулись опять къ прежнему обвинительному порядку судопроизводства.

Прокуроръ является не обвинителемъ, а скорѣе помощникомъ судьи, онъ, подобно судьѣ, долженъ стремиться къ безпристрастному отношенію къ дѣлу, но центромъ тяжести его дѣятельности является изысканіе обвинительныхъ моментовъ, потому что въ этомъ направленіи онъ долженъ снять тяготы съ судьи и облегчить ему его задачу.

Вотъ почему мы должны признать, что нашъ уголовный

процессъ по прежнему носитъ слѣдственный характеръ, подвергшійся однако значительнымъ преобразованіямъ, о которыхъ рѣчь будетъ ниже.

§ 95.

Въ основѣ стараго слѣдственнаго порядка судопроизводства лежала та мысль, что судьѣ принадлежитъ право прибѣгать ко всѣмъ доступнымъ средствамъ для открытія истины, онъ могъ, въ частности, воспользоваться для этой цѣли и самой личностью подсудимаго, могъ заставить его говорить и сознаться въ своей винѣ. Иными словами, въ старомъ уголовномъ процессѣ личность подсудимаго приносилась въ жертву интересамъ судопроизводства, судебной власти предоставлена была безотчетная и безграничная свобода вторгаться въ индивидуальную жизнь и личныя права подсудимаго; въ обвиняемомъ не видѣли личности, а просто источникъ средствъ для раскрытія истины.

Главнымъ средствомъ раскрытія истины считалась *пытка*. Исторія пытки восходитъ къ римскому праву; первоначально пытка примѣнялась въ Римѣ въ качествѣ средства раскрытія истины только по отношенію къ рабамъ, но впослѣдствіи и къ свободнымъ гражданамъ. У Римлянъ пытка сохранилась и послѣ нашествія въ Италію лангобардовъ. Когда употреблявшіяся въ Германскомъ правѣ средства доказыванія истины—судъ божій, поединокъ и присяга, оказались недостаточными, Германцы прибѣгли къ римскому институту пытки. Сначала пыткѣ подвергали только лицъ низшаго сословія и дурного поведенія, какъ то нищихъ и бродягъ, но впослѣдствіи она примѣнялась и къ другимъ лицамъ въ случаѣ наличности основательныхъ подозрѣній въ ихъ виновности. Такимъ образомъ въ Италіи установилось общее положеніе, что при наличности основательнаго подозрѣнія разрѣшается примѣненіе пытки къ каждому съ цѣлью добиться отъ него сознанія, и только въ случаѣ признанія обвиняемымъ своей вины онъ могъ быть осужденъ; осужденіе могло послѣдовать при отсутствіи признанія подсудимаго только въ

томъ случаѣ, если вина его подтверждается показаніями, по крайней мѣрѣ, двухъ свидѣтелей.

Этотъ порядокъ можетъ намъ казаться во многихъ отношеніяхъ чуждымъ и непонятнымъ. Невольно зарождается вопросъ, почему въ то время добивались непремѣнно сознанія подсудимаго (за исключеніемъ того случая, когда имѣлось показаніе двухъ очевидцевъ) и не удовлетворялись для осужденія наличностью даже множества подозрѣній. Нельзя не усмотрѣть въ указанномъ обстоятельствѣ того факта, что описываемой эпохѣ чуждо было осужденіе на основаніи подозрѣній. Недостовѣрность и обманчивость, присущія, такъ называемому, доказательству путемъ уликъ, и огромная отвѣтственность, которую возлагаетъ на судей этотъ способъ раскрытія истины удерживали ту эпоху отъ него; она чуждалась и боялась произнести осужденіе на основаніи простыхъ предположеній, побочныхъ указаній, и этимъ объясняется настойчивое стремленіе добиться во что бы то ни стало сознанія обвиняемаго и то огромное, безусловно быстрое значеніе, которое придавалось этому сознанію.

Затѣмъ намъ должно казаться совершенно невѣроятнымъ то обстоятельство, что признанію, исторгнутому пыткой, придавалось вообще какое либо значеніе, потому что сущность и доказательная сила признанія заключаются именно въ добровольномъ сознаніи своей вины и въ томъ, что признаніе указываетъ обыкновенно на искреннее уразумѣніе виновности. Всѣ эти основанія доказательной силы признанія, естественно, отсутствуютъ въ томъ случаѣ, когда это признаніе вынуждено и сдѣлано исключительно съ цѣлью смягченія или прекращенія тѣхъ мученій, которымъ подвергается пытаемый. Надо, однако, принять во вниманіе, что въ то время исходили изъ того положенія, многіе люди и, преимущественно, преступники отличаются закоренѣлой замкнутостью и скрытностью характера, они запираются не только изъ нежеланія сознать свою вину, но также изъ нежеланія выдать своихъ сообщниковъ, но эти психологическіе задерживающіе моменты часто могутъ быть устранены у такихъ натуръ какими нибудь внѣшними принудительными мѣрами. Кромѣ того не надо упускать изъ

виду и того обстоятельства, что при пыткѣ добивались не простого слова „да“ или „нѣтъ“, а обстоятельнаго, детальнаго изложенія обстоятельствъ совершеннаго дѣянія, причемъ разсказъ этотъ могъ быть провѣренъ, и правдоподобность его могла быть разсмотрѣна. Такимъ образомъ, хотя пытка должна быть признана безусловно непригоднымъ институтомъ, нельзя однако признать ее абсолютно безсмысленной, какъ это утверждали въ эпоху просвѣщенія, и только на основаніи приведенныхъ соображеній можно уяснить себѣ, какъ развитые и въ высшей степени умные люди вродѣ Шварценберга (составителя Бамбергскаго уголовнаго кодекса 1507 года, изъ котораго позаимствована большая часть постановленій Каролины) считали пытку вполнѣ естественнымъ и необходимымъ институтомъ.

Итальянская теорія пытки была воспринята и Каролиной, однако въ постановленіяхъ этого кодекса судьямъ постоянно внушается, что они могутъ прибѣгнуть къ пыткѣ только при наличности основательныхъ и серьезныхъ подозрѣній и предположеній виновности подсудимаго. Такимъ образомъ во многихъ случаяхъ, гдѣ мы теперь уже произносимъ обвинительный приговоръ, тогда только приступали къ пыткѣ, напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда имѣется налицо показаніе одного, въ высшей степени достовѣрнаго, свидѣтеля очевидца.

Во второй половинѣ XVIII столѣтія развилась, на почвѣ новаго міросозерцанія и пониманія жизни, усиленная и упорная борьба противъ пытки; то была эпоха просвѣщенія, обязанная своимъ происхожденіемъ изученію идей естественнаго права и чрезмѣрно повышенной чувствительности, лежавшей въ основѣ индивидуальной и соціальной жизни.

Фридрихъ Великій уже въ самомъ началѣ своего царствованія выступилъ противникомъ пытки, но общественное сознаніе было противъ него. Въ Австріи пытка была отмѣнена Іосифомъ II, въ другихъ государствахъ она существовала до начала XIX вѣка.

Все это движеніе противъ пытки было тѣмъ болѣе цѣлесообразно и справедливо, что, вопреки ясно выраженному смыслу Каролины, примѣненіе пытки повело къ тяжкимъ зло-

употребленіямъ; въ частности, нельзя не признать, что, при отсутствіи института пытки, безуміе *процессовъ о вѣдьмахъ* никогда не могло бы достигнуть даже приблизительно тѣхъ грандіозныхъ размѣровъ, въ которыхъ оно проявилось. Основательныя подозрѣнія, наличность коихъ являлась согласно требованіямъ закона, необходимымъ условіемъ для допущенія пытки, очень часто сводилась къ самымъ ничтожнымъ, такъ напримѣръ, достаточно было какой нибудь особенности въ строеніи тѣла, въ образѣ жизни, въ дѣйствіяхъ, въ обращеніи съ людьми, для того чтобы заподозрить кого либо въ колдовствѣ и подвергнуть пыткѣ.

§ 96.

Въ современномъ уголовномъ процессѣ мы не встрѣчаемъ ничего подобнаго, наоброротъ, одинъ изъ основныхъ принциповъ настоящаго уголовнаго судопроизводства заключается въ томъ, что никто не обязанъ признать себя виновнымъ или даже давать показанія во вредъ самому себѣ, и тотъ судья, который прибѣгнулъ бы къ насильственнымъ мѣрамъ для того, чтобы заставить подсудимаго сознаться или дать опредѣленное показаніе, былъ бы подвергнутъ заключенію въ испразительный домъ.

Этотъ принципъ развился съ отмѣной пытки, когда за обвиняемымъ признаны были права человѣка, когда пришли къ тому убѣжденію, что принужденія человѣка къ дачѣ показаній во вредъ самому себѣ, является чрезмѣрнымъ посягательствомъ на личность. Переходъ къ такимъ воззрѣніямъ былъ значительно облегченъ примѣромъ *одного* государства, которое шло въ данномъ отношеніи совершенно самостоятельнымъ путемъ и, въ частности, почти не знало пытки, а именно *Англіи*.

Въ Англійскомъ уголовномъ процессѣ развилось совершенно своеобразное учрежденіе, — институтъ *присяжныхъ засѣдателей*. Присяжными засѣдателями были первоначально окрестные обыватели, знавшіе хорошо обвиняемаго, его образъ жизни и обстоятельства, которые должны были на

основаніи своего убѣжденія высказаться по вопросу о томъ, считаютъ-ли они обвиняемаго виновнымъ. Это была весьма важная и плодотворная идея, потому что абстрактныя подозрѣнія судьи, впервые сталкивающагося съ обвиняемымъ, естественно болѣе обманчивы и менѣе основательны, чѣмъ конкретное мнѣніе людей, которые хорошо знаютъ душу обвиняемаго. Этотъ институтъ присяжныхъ засѣдателей былъ впослѣдствіи существенно преобразованъ,—присяжные, являвшіеся прежде экспертами подозрѣнія, превратились позднѣе въ судей и тогда исчезла необходимость въ томъ, чтобы они были окрестными обывателями, сосѣдями обвиняемаго, наоборотъ, сосѣдство, представлялось бы скорѣе условіемъ препятствующимъ, чѣмъ споспѣшествующимъ. Во всякомъ случаѣ это совершенно своеобразное учрежденіе предохранило англійское право отъ примѣненія пытки и, такимъ образомъ, дало континенту яркій примѣръ, который долженъ былъ послужить мощнымъ стимуломъ къ подражанію въ тотъ моментъ, когда континентальная Европа пресытилась пыткой.

Наряду съ пыткой исчезли у насъ всѣ другія мѣры, посредствомъ которыхъ обвиняемымъ пользовались въ качествѣ доказательства противъ него самого. Случается, правда, и теперь еще, что на обвиняемаго пытаются воздѣйствовать посредствомъ неожиданности, душевныхъ движеній, представленіе въ ложномъ свѣтѣ разныхъ обстоятельствъ или сообщеніе обманчивыхъ свѣдѣній и, если и не психологически принудить, то побудить его къ сознанію; случается также, что обвиняемаго распытываютъ черезъ другого заключеннаго съ нимъ и т. п. Но всѣ эти средства противорѣчатъ духу современнаго уголовнаго процесса и, надо надѣяться, что они вскорѣ выведутся изъ употребленія.

Нѣкоторое вторженіе въ сферу личности обвиняемаго является неизбѣжнымъ въ уголовномъ процессѣ, но это вторженіе носитъ скорѣе отрицательный характеръ: обвиняемаго не принуждаютъ дать доказательства своей виновности, ему только препятствуютъ противодѣйствовать уголовному преслѣдованію, онъ не долженъ помогать, но не долженъ и мѣшать слѣдствію.

Мѣрами для воспрепятствованія обвиняемому тормозить ходъ уголовнаго разслѣдованія служатъ:

1) *предварительное задержаніе и заключеніе подъ стражу*,—эта мѣра примѣняется въ цѣляхъ выясненія и удостовѣренія личности обвиняемаго или предупрежденія коллюзіи слѣдствія, т. е. для лишенія обвиняемаго возможности скрыть слѣды преступленія или, путемъ воздѣйствія на свидѣтелей, повести слѣдствіе по ложному направленію (заключеніе примѣненное въ этихъ цѣляхъ называется Kollusionsverhaft); предварительное заключеніе примѣняется также для пресѣченія обвиняемому способовъ уклониться отъ слѣдствія и для того, чтобы возможно было довести уголовный процессъ до конца (а это, въ обычномъ порядкѣ, неосуществимо въ отсутствіи обвиняемаго) и привести въ исполненіе наказаніе.

2) Вторая мѣра это *осмотръ* и *обыскъ* личности обвиняемаго и занимаемаго имъ помѣщенія,—онъ производится въ цѣляхъ отысканія слѣдовъ преступленія и притомъ въ такое время, когда обвиняемый не могъ еще успѣть ихъ совершенно скрыть.

3) Третья мѣра это *выемка*,—она заключается въ томъ, что предметы, находящіеся въ связи съ совершеннымъ преступленіемъ, доставляются, хотя-бы вопреки воли ихъ владѣльцевъ, суду. Спеціальнымъ видомъ выемки является выемка почтовой корреспонденціи, заключающаяся въ томъ, что письма, телеграммы и другая корреспонденція задерживаются въ почтовомъ учрежденіи, отбираются у подсудимаго и представляются въ руки судебныхъ властей; предметомъ осмотра и выемки можетъ быть не только корреспонденція, адресованная обвиняемому, но также и та, которая по предположенію отправлена имъ или предназначена для него.

Необходимымъ послѣдствіемъ уничтоженія старой слѣдственной системы явилась отмѣна принципа сознанія подсудимаго и дозволеніе судьямъ произносить обвинительный приговоръ на основаніи подозрѣній, подъ тѣмъ условіемъ, что подозрѣнія эти серьезны, вѣски и недвусмысленны. Въ этомъ отношеніи также образцомъ послужила Англія, гдѣ

судамъ присяжныхъ давно уже предоставлено было рѣшать дѣла на основаніи подозрѣній безъ сознанія подсудимаго. Въ Англіи указанный порядокъ развился постепенно путемъ вышеотмѣченнаго превращенія сосѣдей свидѣтелей въ судей. Континентальныя законодательства, ободренныя примѣромъ Англіи, допустили повсемѣстно осужденіе на основаніи такъ называемыхъ уликъ. Наряду съ этимъ перенесенъ былъ и *институтъ присяжныхъ засѣдателей*, что являлось исторической необходимостью, такъ какъ въ противномъ случаѣ профессіональные судьи едва-ли оказались-бы въ состояніи такъ скоро отрѣшиться отъ заученной, привычной противоположной системы.

Институтъ присяжныхъ удержался, однако, и тогда, когда переворотъ въ слѣдственной системѣ давно завершился; мы сохранили этотъ институтъ и до настоящаго времени и отмѣна его была бы неразумна, потому что сколько-бы ни выставлялось справедливыхъ соображеній противъ принципа рѣшенія дѣлъ непосвященными судьями, одно существенное положеніе остается непоколебимымъ: неоспоримое преимущество суда присяжныхъ заключается въ томъ, что дѣло рѣшается не одними только профессіональными судьями, которые вслѣдствіе постояннаго соприкосновенія съ преступленіями и столкновенія съ недостойными, низменными элементами, необходимо усваиваютъ совершенно опредѣленныя воззрѣнія о людяхъ, которые могутъ иногда приводить ихъ къ ошибочнымъ выводамъ, затемнять ихъ проницательность. Самый выгодный порядокъ суда заключался бы въ цѣлесообразной совмѣстной дѣятельности непосвященныхъ судей и судей профессіональныхъ; попытку такого соединенія представляетъ нашъ судъ *шеффеновъ*, заключающійся въ томъ, что маловажные проступки разбираются мировымъ судьей (Amtsrichter) совмѣстно съ двумя шеффенами (представителями общества). Этотъ институтъ имѣетъ свои достоинства, но недостатокъ его состоитъ въ томъ, что непосвященный судья не вынужденъ здѣсь къ столь самостоятельному мышленію какъ въ судѣ присяжныхъ, а часто полагается, въ большей или меньшей степени, на мнѣніе профессіональнаго судьи.

Странно также, что мы привлекаемъ непосвященнаго судью только къ рѣшенію маловажныхъ и самыхъ серьезныхъ дѣлъ (для рѣшенія маловажныхъ дѣлъ—въ качествѣ шеффена, для рѣшенія серьезныхъ—въ качествѣ присяжнаго засѣдателя), а дѣла о преступленіяхъ средней важности (Strafkammersachen) рѣшаются профессіональными, коронными судьями. Впрочемъ, вся наша система уголовнаго судопроизводства, отличается, нѣкоторой незаконченностью и надо предоставить будущему дальнѣйшую разработку и усовершенствованіе ея, въ частности и по вопросу объ апелляціи, о которой рѣчь будетъ ниже.

§ 97.

Изъ стараго права сохранился у насъ такъ называемый (Offizialmaxime) *принципъ судебнаго разслѣдованія ex officio*, находящійся въ связи съ общимъ порядкомъ слѣдственныхъ дѣйствій. Заключается этотъ принципъ въ слѣдующемъ: такъ какъ въ уголовномъ процессѣ нѣтъ тяжущихся сторонъ, судья обязанъ самъ (поскольку ему представленъ матеріалъ прокуроромъ), разслѣдовать и провѣрять обстоятельства совершеннаго преступнаго дѣянія и допрашивать свидѣтелей, для выясненія какъ обвинительныхъ, такъ и оправдательныхъ элементовъ. Эта обязанность судьи получаетъ особенно важное значеніе въ виду того, что въ современномъ уголовномъ процессѣ сознаніе подсудимаго считается еще недостаточнымъ для произнесенія приговора. Такое отношеніе къ сознанію подсудимаго объясняется предположеніемъ, что оно можетъ быть вызвано не только дѣйствительнымъ сознаніемъ вины, но и другими мотивами, напримѣръ намѣреніемъ взять на себя чужую вину, желаніемъ оказать услугу партіи. Поэтому въ нашемъ уголовномъ процессѣ, и при наличности сознанія, требуется представленіе и разслѣдованіе доказательствъ виновности и обсужденіе всѣхъ мотивовъ pro и contra. На этомъ же основаніи не допускается по общему правилу разбирательство уголовнаго дѣла въ отсутствіи обвиняемаго, только въ рѣдкихъ случаяхъ, а именно при маловажныхъ обвине-

ніяхъ, допускается заочное разбирательство даже, если обвиняемый скрылся бѣгствомъ.

§ 98.

Существеннымъ и важнымъ нововведеніемъ являются принципы *устности* и *непосредственности* процесса. Оба эти принципа находятся въ связи съ судомъ присяжныхъ, однако они перенесены и на всѣ остальные суды. Устность процесса заключается въ томъ, что рѣшеніе можетъ быть постановлено только на основаніи такъ называемаго устнаго разбора, при которомъ весь имѣющій значеніе для рѣшенія дѣла матеріалъ излагается устно, даже различные акты, протоколы и т. п. должны быть оглашены. Только такимъ путемъ и возможно разбирательство дѣла съ присяжными, но и въ другихъ судахъ устность въ значительной мѣрѣ споспѣшествуетъ раскрытію истины, потому что впечатлѣніе, получаемое судьей отъ устнаго изложенія, гораздо свѣжѣе и сильнѣе, чѣмъ выносимое имъ изъ чтенія актовъ.

Еще бо̀льшее значеніе имѣетъ непосредственность процесса, заключающаяся въ томъ, что судья, рѣшающій дѣло, долженъ лично и непосредственно ознакомиться со всѣми доказательствами, въ частности, онъ долженъ самъ допросить свидѣтелей. Такой порядокъ въ высшей степени цѣлесообразенъ и заслуживаетъ всяческаго одобренія и поощренія, потому что только при этой системѣ обрисовывается ясно вся личность свидѣтеля и представляется возможность, путемъ серьезнаго, тщательнаго допроса, путемъ очныхъ ставокъ и т. п., добиться болѣе или менѣе достовѣрныхъ результатовъ. Къ сожалѣнію, принципъ непосредственности не всегда можетъ быть проведенъ, такъ часто приходится допрашивать свидѣтелей, не явившихся по болѣзни или за дальностью разстоянія, черезъ посредство спеціально для этого назначеннаго судьи, и во время разбора дѣла прочитывается только протоколъ этихъ показаній.

Гораздо меньшее значеніе имѣетъ *гласность* процесса, которой такъ упорно добивались въ свое время, хотя, безъ

сомнѣнія, и этотъ принципъ представляется немаловажнымъ: благодаря гласности выигрываетъ достоинство судебнаго разбирательства, народу прививается интересъ къ дѣлу правосудія и такимъ образомъ достигается цѣль воспитанія общества въ духѣ правосознанія.

Въ болѣе важныхъ дѣлахъ судоговоренію предшествуетъ предварительное слѣдствіе, которое ведется слѣдственнымъ судьей. Такой порядокъ установленъ, во-первыхъ, для того, чтобы подготовить почву устному разбору дѣла, собрать для этой цѣли достаточный матеріалъ, и, во-вторыхъ, для того, чтобы избавить невиннаго отъ волненій и мукъ публичнаго судебнаго разбирательства. Данныя, собранныя предварительнымъ слѣдствіемъ, восходятъ на разсмотрѣніе суда, который рѣшаетъ вопросъ о томъ, довести ли данный конкретный случай до устнаго судоговоренія, или прекратить дѣло и пріостановить преслѣдованіе обвиняемаго. Въ послѣднемъ случаѣ обвиняемый, правда, не считается совершенно оправданнымъ, однако преслѣдованіе его можетъ быть начато вновь только при извѣстныхъ опредѣленныхъ условіяхъ.

§ 99.

Выше говорено было о судѣ присяжныхъ и упоминалось, что присяжнымъ предоставлено только разрѣшеніе вопроса о виновности. Было бы желательно, чтобы присяжнымъ предоставлено было, какъ въ Англіи, рѣшеніе всего дѣла безъ всякихъ ограниченій, причемъ предсѣдателю суда должно быть дозволено безъ стѣсненій давать имъ соотвѣтствующія разъясненія и наставленія по затруднительнымъ пунктамъ. У насъ дѣло обстоитъ не такъ,—вмѣшательство предсѣдателя въ дѣятельность присяжныхъ сочтено было неумѣстнымъ, даже такъ называемое резюмэ предсѣдателя въ послѣднее время или отмѣнено, или сведено къ простымъ юридическимъ наставленіямъ, причемъ фактическій матеріалъ долженъ быть изложенъ въ сжатой формѣ, въ видѣ опредѣленныхъ вопросовъ, ставящихся на разрѣшеніе присяжныхъ. Эти вопросы, бо̀льшей частью, касаются *виновности*; присяжные должны подвергнуть обсу-

жденію не только отдѣльные факты, но данный случай во всей его совокупности для того, чтобы высказать свое мнѣніе о виновности или невиновности подсудимаго. Присяжные не должны опредѣлять размѣра вины (развѣ въ томъ случаѣ, если извѣстная степень вины сообщаетъ дѣянію характеръ иного преступленія) и, предоставленное имъ право находить *смягчающія обстоятельства*, т. е. обстоятельства, при наличности которыхъ судья можетъ понизить наказаніе за предѣлы установленнаго закономъ minimum'а, составляетъ только исключеніе изъ упомянутаго общаго правила. Самое наказаніе опредѣляется коронньмъ судомъ, состоящимъ изъ трехъ человѣкъ, включая предсѣдателя, на обязанности котораго лежитъ обсужденіе и оцѣнка степени установленной присяжными вины и иныхъ элементовъ, вліяющихъ на размѣръ наказанія. Вопросы чисто процессуальнаго характера, разрѣшаются, конечно, тоже однимъ коронньмъ судомъ.

§ 100.

Въ уголовномъ процессѣ, также какъ и въ гражданскомъ возможны *апелляція* и *кассація* и хотя оба указанные порядка обжалованія, въ частностяхъ, разнятся отъ аналогичныхъ институтовъ гражданскаго судопроизводства, основной ихъ характеръ одинаковъ въ обоихъ процессахъ. Замѣчательно однако, что законодательство, признающее за апелляціей въ гражданскомъ процессѣ благотворное вспомогательное значеніе, въ уголовномъ процессѣ почти совершенно исключаетъ таковую. Въ Германіи обжалованію въ порядкѣ апелляціи подлежатъ только рѣшенія суда шёффеновъ, рѣшенія же остальныхъ судовъ могутъ быть обжалованы только въ кассаціонномъ порядкѣ. Такое положеніе совершенно неудовлетворителяно, оно настоятельно требуетъ реформы и, безъ сомнѣнія, будетъ измѣнено въ ближайшемъ будущемъ.

Огромное значеніе имѣетъ въ уголовномъ процессѣ институтъ *возобновленія уголовныхъ дѣлъ*, допускаемый преимущественно въ интересахъ реабилитаціи осужденнаго. Соображенія матеріальной справедливости предписываютъ намъ по-

ступиться формальнымъ правомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда, вопреки юридической силы постановленнаго рѣшенія, впослѣдствіи является возможность установить съ достовѣрностью невиновность осужденнаго. Было бы лишено всякаго основанія приносить осужденнаго въ жертву молоху формальнаго права, потому что, въ томъ случаѣ, когда онъ невиновенъ, онъ страдаетъ вдвойнѣ,—отъ наказанія и отъ того, что все общество считаетъ его, именно вслѣдствіе постановленнаго приговора, виновнымъ. Институтъ возобновленія уголовныхъ дѣлъ поставленъ въ германскомъ законодательствѣ очень широко и либерально; въ частности, право ходатайства ѳ возобновленіи уголовнаго дѣла принадлежитъ, въ интересахъ реабилитаціи чести невинно-осужденнаго, въ случаѣ его смерти, его родственникамъ. Какъ велика потребность въ указанномъ институтѣ и какъ мощно звучитъ въ народномъ сознаніи призывъ къ пересмотру процесса мы можемъ видѣть на примѣрѣ Франціи, гдѣ недавно одинъ случай возобновленія уголовнаго дѣла повергъ въ величайшее волненіе все общество, и несовершенство законодательства послужило не только поводомъ къ паденію министерствъ, но даже угрожало распаденіемъ и внутреннимъ расколомъ цѣлой націи, отъ каковыхъ ее избавило только достойное поведеніе кассаціоннаго суда и мудрость правительства. Совершенное законодательство не должно подать повода къ подобнымъ смутамъ.

§ 101.

Для лицъ военнаго сословія существуетъ особый порядокъ *военной уголовной юрисдикціи*, нынѣ для всей Германіи единообразный и преобразованный въ смыслѣ соотвѣтствія его въ существенныхъ чертахъ съ общимъ порядкомъ уголовнаго судопроизводства. Въ военномъ уголовномъ процессѣ господствуютъ тѣ-же принципы гласности и устности и ведется онъ коллегіальными судами,—Standgerichte съ тремя судьями и Kriegsgerichte съ пятью, подсудность этихъ двухъ родовъ военнаго суда опредѣляется тяжестью инкриминируе-

маго преступленія. Мѣсто прокурора занимаетъ, такъ называемый, Gerichtsherr—обыкновенно генералъ, начальникъ полка или т. п. Дѣятельность Gerichtsherr'а шире чѣмъ функціи прокурора; предварительное слѣдствіе производится офицеромъ или членомъ военнаго суда, по назначенію Gerichtsherr'a, затѣмъ онъ непосредственно рѣшаетъ по просмотрѣ собраннаго матеріала, вопросъ о преданіи суду, не предоставляя рѣшенія этого вопроса особой судебной коллегіи. Если Gerichtsherr находитъ, что собранныя на предварительномъ слѣдствіи данныя даютъ достаточно матеріала для преданія обвиняемаго суду, онъ сообщаетъ о такомъ своемъ рѣшеніи обвиняемому вмѣстѣ съ посылкой обвинительнаго акта и тогда дѣло поступаетъ на разсмотрѣніе подлежащаго суда, который собирается по приказу Gerichtsherr'a.

Въ военномъ уголовномъ процессѣ замѣчается существенный прогрессъ по сравненію съ общимъ порядкомъ уголовнаго судопроизводства, а именно,—здѣсь всегда допускается *апелляція*. Приговоры Standgericht'а могутъ быть обжалованы въ Kriegsgericht, а приговоры этого послѣдняго (въ качествѣ первой инстанціи) въ Oberkriegsgericht, разсматривающій дѣло въ составѣ 7 членовъ. Приговоры верховнаго военнаго суда (Oberkriegsgericht) подлежатъ обжалованію только въ *кассаціонномъ* порядкѣ въ имперскій военный судъ (Reichs-Militärgericht). Имперскій военный судъ обсуждаетъ только вопросы о нарушеніи правовыхъ нормъ, и если кассаціонная жалоба признается уважительной, то приговоръ прежняго суда отмѣняется и дѣло передается для новаго разсмотрѣнія въ апелляціонную инстанцію.

B. Международное право.

1. Общая часть.

§ 102.

Отдѣльныя суверенныя государства, если они не слились въ союзное государство, занимаютъ по отношенію другъ къ

другу независимое положеніе и, такъ какъ не существуетъ какой либо высшей инстанціи для разрѣшенія между ними пререканій, въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ господствуетъ анархія. Каждая анархія губительна, вотъ почему ходъ культурныхъ условій и потребностей естественно привелъ къ выработкѣ извѣстныхъ нормъ для урегулированія взаимныхъ отношеній государствъ. Совокупность этихъ нормъ носитъ названіе *международнаго права.* За этими нормами не признавали юридическаго характера въ виду отсутствія принудительной власти, охраняющей ихъ отъ нарушенія, однако такое воззрѣніе не можетъ быть признано правильнымъ. Извѣстный родъ принужденія къ соблюденію этихъ нормъ все-же существуетъ и для урегулированнаго сглаживанія возникающихъ между отдѣльными государствами пререканій созданы спеціальные институты. Къ числу такихъ институтовъ относятся прежде всего *дипломатическія миссіи,* содержимыя однимъ государствомъ въ предѣлахъ территоріи другого (*посланники, министры-резиденты, консулы* и *консульскіе агенты*), на обязанности которыхъ лежитъ, съ одной стороны, улаживаніе возникающихъ недоразумѣній, съ другой стороны, обнаруженіе и разрѣшеніе таковыхъ. Эти посольства носили прежде временный характеръ, но съ XVII вѣка установлена система постоянныхъ политическихъ миссій. Юридическое положеніе и отношенія этихъ миссій подчинены особому порядку,—дипломатическія миссіи разсматриваются, въ нѣкоторомъ родѣ, какъ символъ иностраннаго государства, представителемъ котораго они являются, поэтому они считаются священными и неприкосновенными и даже не подчинены судамъ той страны, въ которой находятся.

Другимъ институтомъ для улаживанія междугосударственныхъ пререканій являются *третейскіе суды,* которые созываются въ случаѣ возникновенія споровъ для указанія опредѣленнаго, наиболѣе соотвѣтствующаго справедливости, способа разрѣшенія ихъ. Этимъ третейскимъ судамъ предстоитъ еще великая будущность,—они могутъ ослаблять натянутость государственныхъ взаимоотношеній и предупреждать взрывы враждебныхъ чувствъ. Не всегда однако удается улаживать

мирнымъ путемъ возникшія недоразумѣнія и тогда на сцену выступаютъ насильственныя мѣры, являющіяся естественнымъ слѣдствіемъ анархіи, господствующей въ междугосударственныхъ отношеніяхъ. Эти насильственныя мѣры могутъ выражаться: 1) въ *репрессаліяхъ*, т. е. возраженіи насильственными дѣйствіями на таковыя же совершенныя другимъ государствомъ; 2) въ *реторсіи*, т. е. въ изданіи законодательныхъ постановленій, направленныхъ противъ возбудившаго неудовольствія государства и невыгодныхъ для него; 3) въ *блокадѣ* (blocus pacifique), т. е. воспрепятствованіи свободѣ чужого мореходства и, наконецъ 4) въ *войнѣ*, какъ крайнемъ вспомогательномъ средствѣ. Войной въ тѣсномъ смыслѣ, какъ извѣстнымъ дѣйствіемъ или комплексомъ дѣйствій, называется урегулированная борьба между двумя суверенными государствами (междоусобная война не считается войной). Въ болѣе широкомъ смыслѣ войной называется то состояніе, въ которомъ находятся два государства вслѣдствіе вспыхнувшей борьбы. Въ этомъ состояніи прекращаются нѣкоторыя юридическія отношенія и считается дозволеннымъ ослаблять противника насильственными дѣйствіями настолько, чтобы тотъ принужденъ былъ подчиниться или заключить миръ.

Это насиліе не было прежде подчинено никакимъ правиламъ и въ данномъ направленіи царила полная анархія, но нынѣ (уже съ XVII столѣтія) нормы международнаго права распространены и на военныя дѣйствія. Въ этихъ нормахъ замѣчается все возрастающее стремленіе къ проведенію принциповъ гуманности въ войну и къ возможному ограниченію ея вліянія на сражающихся при сохраненіи возможности подавленія противника и осуществленія военнаго принужденія. Въ частности, международно-правовыя нормы, регулирующія военныя дѣйствія, направлены къ огражденію имущества мирныхъ жителей непріятельской страны, къ ограниченію насилія, выходящаго за предѣлы того, которое вызвано потребностями достиженія намѣченныхъ цѣлей; военноплѣнные не обращаются болѣе въ рабство и удерживаются въ плѣну только до той поры, пока это необходимо въ интересахъ устраненія ихъ отъ участія въ военныхъ дѣйствіяхъ

и сохраненія того ослабленія силъ противника, которое является послѣдствіемъ взятія въ плѣнъ данныхъ лицъ. Обхожденіе съ ранеными и съ мертвыми также урегулировано международно-правовыми нормами; вообще установленъ тотъ принципъ, что государство, ведущее войну, можетъ добиваться побѣды силой и хитростью, но не низкимъ коварствомъ, предательствомъ и недостойными кознями. Санкція этихъ предписаній та-же, что и санкція международнаго права вообще.

Спрашивается, мыслимо ли, въ поддающемся нашему предвидѣнію будущемъ, наступленіе такого положенія вещей, когда окажется возможнымъ обходиться безъ войны? Такое положеніе вполнѣ допустимо и немыслимость его только кажущаяся, подобно тому, какъ прекращеніе кровной мести казалось немыслимымъ въ ту эпоху, когда все общество было еще пропитано, насквозь проникнуто идеей кровной мести, жило ею и никто не былъ въ состояніи представить себѣ возможности обойтись безъ нея. Гаагская мирная конференція *въ этомъ отношеніи* привела пока къ незначительнымъ результатамъ.

Существуютъ спеціальныя постановленія, регулирующія вопросъ о морской добычѣ; эти постановленія развились въ *призовое право*. И здѣсь замѣчается за послѣднее полустолѣтіе тенденція къ значительному смягченію чрезмѣрной жестокости. Въ настоящее время вообще обнаруживается все бо́льшее стремленіе къ предупрежденію посредствомъ международныхъ соглашеній всѣхъ ужасовъ войны и къ преобразованію взаимоотношеній народовъ въ юридическія отношенія.

Въ основѣ военно-морского международнаго права лежитъ слѣдующій принципъ: океанъ—свободенъ (mare liberum est), онъ не подвластенъ ничьему господству и, слѣдовательно, не входитъ въ составъ владѣній какого бы то ни было государства.

Этотъ международно-правовой принципъ считается незыблемымъ и со времени *Гуго Гроція*, онъ является общепризнаннымъ, между тѣмъ какъ прежде нѣкоторыя государства претендовали на господство надъ цѣлыми морями. Суда,

плавающія въ открытомъ морѣ, считаются какъ бы летучими частями территоріи того государства, подъ флагомъ котораго они плаваютъ. Принципъ свободы открытаго моря не исключаетъ однако господства отдѣльныхъ государствъ надъ опредѣленнымъ прибрежнымъ пространствомъ моря, ибо, съ одной стороны, значительная полоса воды доступна непосредственному господству, а, съ другой стороны, интересы безопасности прибрежной области государства создаютъ настоятельную потребность не допускать непріятельскихъ дѣйствій въ непосредственно близкомъ разстояніи отъ берега. Вопросъ о томъ, какъ далеко распространяется эта власть государства разрѣшался различно; прежде, для осязательнаго выраженія территоріальнаго господства государства надъ прибрежной полосой моря, разстояніе это опредѣлялось пушечнымъ выстрѣломъ. Такое опредѣленіе, однако, при современномъ усовершенствованіи артиллеріи и постоянно увеличивающейся дистанціи пролета снарядовъ, оказывается совершенно неточнымъ. Вотъ почему въ новѣйшее время установлена система опредѣленія протяженія прибрежной полосы моря въ морскихъ миляхъ и господства государства надъ моремъ распространяется на пространствѣ опредѣленнаго количества морскихъ миль. Въ отношеніи морскихъ рукавовъ, бухтъ и т. п., оба берега которыхъ на всемъ протяженіи составляютъ территорію государства, послѣднему предоставлены болѣе широкія полномочія, въ частности, государство имѣетъ право запрещать военнымъ судамъ въѣздъ въ такіе заливы.

§ 103.

Государства, являясь самостоятельными субъектами, могутъ обладать извѣстными правомочіями по отношенію другъ къ другу; правомочія эти могутъ быть установлены путемъ юридическихъ сдѣлокъ, къ разряду коихъ долженъ быть отнесенъ прежде всего *государственный договоръ (конвенція)*. Конвенція создаетъ между договаривающимися государствами извѣстныя международно-правовыя отношенія, подобно тому, какъ частный договоръ создаетъ гражданско-правовыя отно-

шенія между контрагентами, и эти государственныя договорныя отношенія могутъ быть самаго разнообразнаго характера. Они подраздѣляются на различныя категоріи въ зависимости отъ преслѣдуемыхъ ими цѣлей и отъ ихъ содержанія, но прежде всего необходимо установить точное разграниченіе ихъ юридическаго характера.

Подобно тому, какъ гражданскіе договоры могутъ быть *обязательственными* и *вещными*, существуютъ такіе государственные договоры, которые создаютъ только обязательственно-правовыя отношенія и такіе, посредствомъ которыхъ предоставляются одному государству верховныя права въ области другого и каковые, слѣдовательно, могутъ быть поставлены наравнѣ съ договорами вещнаго характера.

Обязательственно-правовые договоры могутъ, въ свою очередь, быть самаго разнообразнаго характера. Въ качествѣ договоровъ о мирѣ они могутъ заключать въ себѣ обязательство объ уступкѣ опредѣленной области, объ уплатѣ извѣстной денежной суммы, о воздержаніи отъ извѣстныхъ дѣйствій; въ качествѣ судебныхъ конвенцій они могутъ содержать въ себѣ обязательство о выдачѣ преступниковъ, о признаніи силы иностранныхъ судебныхъ рѣшеній, или о предоставленіи извѣстныхъ правъ въ данномъ государствѣ гражданамъ другого государства и т. д. Всѣ эти обязательства носятъ характеръ международно-правовой.

Особенно важное значеніе имѣютъ международно-правовые *договоры товарищескаго характера* (Gesellschaftsverträge), т. е. договоры, въ силу которыхъ государства оказываютъ другъ другу извѣстныя услуги въ цѣляхъ достиженія общихъ имъ культурныхъ интересовъ. Судебныя конвенціи и торговые договоры бо́льшей частью носятъ такой товарищескій характеръ, затѣмъ договоры о судоходствѣ, рыбной ловлѣ и т. п. Взаимныя услуги могутъ носить различный характеръ, существенно только, чтобы и тѣ и другія споспѣшествовали достиженію общихъ для договаривающихся государствъ цѣлей.

Для приведенія въ исполненіе обязательственно-правовыхъ договоровъ, часто необходимо изданіе особаго закона,

такъ какъ договаривающемуся государству приходится создавать въ внутренней своей сферѣ такія отношенія, которыя могутъ быть вызваны только законодательнымъ путемъ. Въ этихъ случаяхъ за государственнымъ договоромъ слѣдуетъ изданіе закона, приводящаго его въ исполненіе; возможенъ также другой порядокъ, замѣняющій указанный, а именно, законодательные органы государства выражаютъ согласіе на заключеніе договора, это согласіе не является, конечно, санкціей придающей государственному договору международно-правовое значеніе, а служитъ лишь оповѣщеніемъ въ томъ, что исполненіе выговоренныхъ по договору услугъ будетъ отнынѣ гарантировано путемъ изданія закона, на каковое изданіе законодательные органы изъявили согласіе. Подчасъ это согласіе дается заранѣе, такъ что верховный глава государства при заключеніи государственнаго договора можетъ немедленно привести въ исполненіе выраженныя въ договорѣ обѣщанія.

Въ отношеніи обязательственно-правовыхъ государственныхъ договоровъ дѣйствуетъ принципъ о „rebus sic stantibus", т. е., они разсматриваются какъ заключенные подъ тѣмъ условіемъ, что въ случаѣ существеннаго измѣненія обстоятельствъ, каждая сторона можетъ не только de facto, но и de jure отступиться отъ договора; въ особенности, если при дальнѣйшемъ дѣйствіи договора жизненнымъ интересамъ государства грозитъ опасность, потому что никакое государство не можетъ отказаться отъ охраны своихъ будущихъ жизненныхъ интересовъ.

Товарищескіе договоры могутъ имѣть въ международномъ правѣ, подобно тому какъ это бываетъ въ гражданскомъ правѣ, такую конструкцію, согласно которой управленіе общими дѣлами принадлежитъ не самимъ контрагентамъ, а спеціально назначаемымъ *дѣлопроизводителямъ* (Geschäftsführer), которые дѣйствуютъ отъ имени обѣихъ сторонъ. Въ этомъ порядкѣ усматривали видъ международнаго управленія, но въ дѣйствительности онъ сводится просто къ веденію дѣлъ отъ имени и въ интересахъ договорныхъ контрагентовъ и, слѣдовательно, въ интересахъ общихъ.

Подобные дѣлопроизводительные органы особенно необходимы при договорахъ, заключенныхъ на продолжительное время и имѣющихъ своимъ предметомъ существенно важные интересы договаривающихся государствъ. Наличность указанныхъ условій встрѣчается при *союзахъ государствъ* (Staatenbünde), заключенныхъ съ цѣлью охраны, обезпеченія, споспѣшествованія и поощренія общихъ интересовъ. Органъ общаго управленія можетъ называться союзнымъ совѣтомъ, или делегаціей, какъ въ Австро-Венгріи, это безразлично, во всякомъ случаѣ онъ представляетъ собой дѣлопроизводителя, управляющаго дѣлами договорившихся; и здѣсь возможно, какъ въ гражданско-правовыхъ товариществахъ, общее голосованіе, при чемъ мнѣніе большинства обязательно для меньшинства.

Эти товарищескія отношенія нерѣдко носятъ также *quasi-вещный* характеръ, напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда органъ, ведущій дѣла, уполномоченъ принимать извѣщенія и заявленія, причемъ этимъ заявленіямъ придается такое же значеніе, какъ если бы они были сдѣланы каждому изъ договорившихся государствъ. Въ данномъ случаѣ сдѣланное заявленіе имѣетъ значеніе не только потому, что государства обязаны принять его къ свѣдѣнію и дать ему ходъ, оно само по себѣ имѣетъ непосредственное дѣйствіе, ему присуща непосредственная сила. Такъ, напримѣръ, если заявленіе торговаго знака или изобрѣтенія, внесенное въ международное бюро, имѣетъ значеніе обезпеченія за заявителемъ права первенства во всѣхъ договорившихся государствахъ, если даже онъ еще не обращался непосредственно ни къ одному изъ нихъ.

Quasi-вещный характеръ международныхъ договорныхъ отношеній можетъ получать и болѣе яркое выраженіе, напримѣръ, если въ силу договора одно государство предоставляетъ другому право прохода черезъ свои владѣнія, или, если въ силу договора въ одномъ государствѣ налагается арестъ на чье либо имущество въ исполненіе постановленія судебныхъ властей другого государства, или принудительное приведеніе въ исполненіе рѣшеній судебныхъ мѣстъ одного государства обязательно и для другого и т. п.

Это quasi-вещное отношеніе можетъ дойти до того, что одному государству предоставляется форменное dominium utile въ области другого; случается даже, что спеціально основывается государство, цѣлью котораго является исключительно осуществленіе своихъ функцій при условіи dominium utile другого государства. Такія формы международныхъ отношеній существовали издавна, они встрѣчаются и въ современномъ правѣ. Dominium utile можетъ быть связано съ лично-правовыми отношеніями зависимости, въ такомъ случаѣ взаимоотношенія государствъ принимаютъ ленный характеръ; такимъ образомъ возникли вассальныя государства и такія отношенія существуютъ и понынѣ,—напримѣръ, вассальныя государства Турціи. Отношеніе Австріи къ Босніи и Герцоговинѣ должно также разсматривать какъ dominium utile, только безъ вассальныхъ возмездныхъ услугъ. Надо замѣтить, что государства, по отношенію къ которымъ другимъ государствамъ предоставлено dominium utile, все же остаются вполнѣ суверенными, хотя иногда неправильно называютъ ихъ *полусуверенными.*

Особый родъ вещныхъ отношеній создается, такъ называемой, *реальной уніей.* Реальной уніей называется такое взаимоотношеніе двухъ государствъ, когда верховный правитель одного изъ нихъ въ силу основныхъ конституціонныхъ законовъ является также главой другого. Этому взаимоотношенію противополагается, такъ назыв. *персональная унія,* наличность которой констатируется въ томъ случаѣ, если глава одного государства, въ силу случайныхъ обстоятельствъ, является и верховнымъ главой другого. Персональная унія возможна не только въ монархіяхъ, но и въ республикахъ. Подобно тому какъ директоръ какой нибудь акціонерной компаніи можетъ быть одновременно и директоромъ другой, такъ и правитель одной республики можетъ въ то же время быть правителемъ другого республиканскаго государства. Персональная унія двухъ монархическихъ государствъ представляетъ собой болѣе тѣсную связь, потому что, хотя монархъ и дѣйствуетъ отъ имени государства, онъ все же дѣйствуетъ въ своихъ интересахъ, для себя, ибо онъ

вѣдь является прирожденнымъ главой государства. Тѣмъ не менѣе, такая, все же случайная, связь не имѣетъ особо-важнаго значенія съ точки зрѣнія международно-правовыхъ отношеній, потому что несмотря на тождественность верховныхъ правителей, оба государства все же представляютъ собой отдѣльныя, самостоятельныя единицы,—одно лицо правитъ ими обоими, но правитъ каждымъ различно. Здѣсь обстоятельства могутъ легко принять такой оборотъ, при которомъ управленіе данными двумя государствами становится вновь раздѣльнымъ, напримѣръ, если монархъ отказывается отъ одного трона.

Иначе обстоитъ дѣло при уніи реальной,—это отношеніе аналогично сліянію двухъ акціонерныхъ компаній при раздѣльности ихъ акціонернаго капитала. До тѣхъ поръ пока существуетъ эта раздѣльность, существуютъ, дѣйствительно, двѣ компаніи, но, въ силу правового предписанія, юридическаго принципа, обѣими компаніями должно завѣдывать одно правленіе. Съ тѣмъ же положеніемъ мы встрѣчаемся и въ реальной уніи,—сліяніе обоихъ государствъ, при полной разграниченности ихъ индивидуальностей, выражается въ томъ, что у нихъ необходимо долженъ быть единый общій, верховный правитель.

Между такими государствами несомнѣнно возможно заключеніе международно-правовыхъ договоровъ, возможны всякія вообще международно-правовыя дѣйствія. Это положеніе безспорно и вполнѣ естественно, и монархъ имѣетъ право дѣйствовать отъ имени обоихъ государствъ, т. е. дѣйствовать отъ своего имени такимъ образомъ, чтобы въ одномъ случаѣ выступать въ качествѣ верховнаго главы одного государства, въ другомъ случаѣ въ качествѣ верховнаго главы другого. Спрашивается, возможна ли между двумя такими государствами война? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить утвердительно (тѣмъ болѣе, разумѣется, при персональной уніи), только въ этомъ случаѣ правитель долженъ уступить свое мѣсто по отношенію къ одному или обоимъ государствамъ спеціально назначенному ad hoc государственному органу, такъ какъ тайна и замкнутость, являющіяся необхо-

димымъ субстратомъ враждебныхъ дѣйствій, исключаютъ возможность управленія обоими государствами, сосредоточеннаго въ одномъ лицѣ. По отношенію хотя бы къ одному государству, необходимо долженъ установиться такой порядокъ правленія, какъ если бы монархъ оказался неспособнымъ къ управленію имъ.

§ 104.

Въ международно-правовыхъ отношеніяхъ дѣйствуетъ тотъ принципъ, что извѣстное положеніе дѣлъ, существующее de facto, узаконяется, получаетъ санкцію съ момента *признанія его со стороны дружественныхъ державъ.* Отсюда слѣдуетъ, что перемѣны въ порядкѣ управленія могутъ быть осуществлены не только путемъ мирнаго соглашенія, но и путемъ силы, разъ послѣдуетъ указанное признаніе измѣнившагося порядка.

Къ числу такихъ перемѣнъ относится воспріятіе верховной власти одного государства надъ другимъ путемъ такъ называемой *инкорпораціи*, т. е. поглощенія однимъ государствомъ другого. Это воспріятіе представляетъ собой не только преемство территоріи, но также и верховныхъ правъ, и правъ публичной собственности, и публичныхъ требованій (но не частныхъ) и долговъ. Тѣ государственные договоры прежняго государства, которые основаны на индивидуальныхъ его свойствахъ, не могутъ быть перенесены, и поэтому съ прекращеніемъ самостоятельнаго бытія инкорпорированнаго государства уничтожаются. Договоры, имѣющіе своимъ предметомъ какія либо реальныя условія государственной жизни, условія, которыя остаются постоянно одинаковыми, независимо отъ измѣненій въ характерѣ верховной власти, какъ напримѣръ, договоры о регулированіи теченія рѣкъ, о постройкѣ желѣзныхъ дорогъ, каналовъ и т. п., сохраняютъ свою силу и послѣ инкорпораціи. Затрудненія могутъ возникнуть только вслѣдствіе желанія инкорпорирующаго государства распространить дѣйствіе означенныхъ договоровъ не только на инкорпорированную территорію; затрудненія эти должны раз-

рѣшаться или посредствомъ толкованія договоровъ или же посредствомъ новой нормировки затрагиваемыхъ договоромъ отношеній.

Отъ инкорпораціи надо отличать присоединеніе *отдѣльной области* государства, въ частности отдѣльной провинціи. Въ подобныхъ случаяхъ долги (если на этотъ счетъ возникаетъ сомнѣніе) не переходятъ на государство присоединившее къ себѣ данную область, но присущія этой области публичныя имущества и требованія переходятъ къ новому ея собственнику. Въ отношеніи долговъ можно установить только тотъ принципъ справедливости, что присоединяющее государство должно бы принять на себя тѣ долги, которые лежатъ на самой присоединяемой области, а также извѣстную соразмѣрную часть остальныхъ. Замѣчу, что здѣсь рѣчь идетъ не о непосредственномъ переходѣ долговъ, а только о послѣдовавшемъ между сторонами обѣщаніи уплачивать эти долги, такъ что кредиторы имѣютъ дѣло только съ прежнимъ должникомъ.

Возможенъ также переходъ верховныхъ правъ безъ перехода правъ на территорію, такъ какъ одно государство можетъ (какъ выше было указано) пріобрѣсти верховныя права въ области другого. Этотъ переходъ имѣетъ особенно важное значеніе при вышеупомянутомъ *образованіи союзнаго государства*. Въ подобномъ случаѣ отдѣльныя государства уступаютъ рядъ верховныхъ своихъ правъ и такимъ образомъ образуется публично-правовое юридическое лицо, новое государство, являющееся воспреемникомъ совокупности этихъ правъ. Союзное государство образуется посредствомъ договора, подобно тому какъ въ частномъ правѣ образуется корпорація, или акціонерная компанія. Такъ возникла, между прочимъ, и Германская Имперія и вовсе не слѣдуетъ думать, что возникновеніе подобныхъ государствъ носитъ только чисто фактическій характеръ, лишенный юридическаго основанія.

2. Междугосударственное право.

§ 105.

Къ международному праву относится также *междугосударственное частное право* и вообще право междугосударственное. Предметъ этой дисциплины составляетъ обсужденіе вопросовъ о примѣненіи законовъ того или другого государства къ возникшимъ гдѣ либо юридическимъ отношеніямъ и совершеннымъ въ какомъ либо пунктѣ земного шара преступленіямъ. Эти вопросы безъ сомнѣнія относятся къ области международнаго права, потому что они касаются разграниченія и раздѣленія дѣятельности различныхъ государствъ, а эта задача представляетъ собой одну изъ важнѣйшихъ въ дѣлѣ урегулированія международныхъ взаимоотношеній.

Указанное международно-правовое возрѣніе является продуктомъ послѣдняго времени, оно теперь только вырабатывается. Въ тѣ времена, когда каждое отдѣльное общество обособлялось и принимало въ соображеніе исключительно свои интересы, каждое государство самостоятельно рѣшало вопросы о томъ, области котораго законодательства подпадаютъ заключенныя гдѣ либо юридическія сдѣлки или совершенныя преступленія, законами кокого государства надо руководствоваться при обсужденіи юридическаго значенія этихъ сдѣлокъ и преступленій. Такое одностороннее регулированіе этихъ вопросовъ и теперь иногда бываетъ неизбѣжнымъ, но принципіально подобное положеніе не можетъ быть признано правильнымъ, потому что, въ сущности, отдѣльное государство не можетъ опредѣлять и указывать, нормировкѣ какого государства подлежатъ юридическія отношенія, возникшія въ пунктѣ А или Б. Отдѣльное государство должно въ данномъ отношеніи ограничиться только изслѣдованіемъ и разрѣшеніемъ того вопроса, чтό составляетъ съ точки зрѣнія международнаго права его задачу и чтό—чужую, но оно не можетъ устанавливать юридическихъ принциповъ для распредѣленія правовыхъ отношеній между государствами.

Само собой разумѣется, указанная международно-правовая

точка зрѣнія можетъ быть проведена во всей послѣдовательности только тогда, когда международно-правовыя соглашенія и договоры обнимаютъ всю область междугосударственнаго частнаго права и, такимъ образомъ, устанавливается покоющаяся на международно-правовыхъ юридическихъ основаніяхъ, нормировка междугосударственныхъ отношеній. Спрашивается, какъ примирить то фактически существующее положеніе, что отдѣльныя государства пока сами создаютъ для себя подобную нормировку, съ международно-правовой точкой зрѣнія? Это возможно только указаннымъ выше способомъ, а именно, надо признать, что отдѣльному государству принадлежитъ только право изслѣдованія, провѣрки уже готовыхъ, созданныхъ международно - правовыми воззрѣніями и порядками, сложившихся междугосударственныхъ отношеній.

Если отдѣльное государство издаетъ въ данномъ направленіи какіе либо законы или опредѣленія, то, собственно говоря, оно не создаетъ ничего самостоятельнаго, произвольнаго, а должно только познать, что́ представляется правильнымъ съ международно-правовой точки зрѣнія, и выразить результаты этого своего познанія, убѣжденія. Это положеніе аналогично отношенію, существующему между закономъ и судебнымъ рѣшеніемъ: рѣшеніе должно только осуществлять законъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ оно является руководящимъ и въ томъ случаѣ, если противорѣчитъ закону, т. е. судебное рѣшеніе замѣняетъ законъ.

§ 106.

Первыя теоріи междугосударственнаго права восходятъ къ XIII и XIV столѣтіямъ, въ той эпохѣ, въ которой коренятся зачатки нашей современной культуры. Создателемъ этой науки былъ *Бартолусъ*, за нимъ послѣдовали другіе, въ особенности цѣлый рядъ голландскихъ ученыхъ, позднѣе французовъ и англичанъ. Особенно выдающуюся роль въ области науки междугосударственнаго права сыгралъ въ XIX вѣкѣ *Савиньи*, онъ проложилъ своими трудами новые пути для этой науки и установилъ съ поразительной ясностью пра-

вильную точку зрѣнія на ея задачи. Савиньи показалъ, что цѣлью научныхъ изслѣдованій въ данной области является отысканіе тѣхъ правовыхъ принциповъ, подъ вліяніемъ которыхъ складывается опредѣленное юридическое отношеніе и которыми, поэтому нормируется это отношеніе.

Установленіе принциповъ междугосударственнаго права представляетъ въ частностяхъ не мало трудностей и весь характеръ его измѣняется въ зависимости отъ юридическихъ отношеній, составляющихъ его предметъ. Въ лично-правовыхъ отношеніяхъ рѣшающее значеніе принадлежитъ подданству, въ вещно-правовыхъ мѣсту нахожденія вещи. Спорнымъ представляется вопросъ о томъ, какіе законы примѣняются къ отношеніямъ обязательственно-правовымъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ ученыхъ, эти отношенія должны обсуждаться по законамъ той страны, гдѣ обязательство должно быть приведено въ исполненіе, по мнѣнію другихъ—по законамъ мѣстожительства контрагентовъ, по мнѣнію третьихъ, наконецъ, по законамъ мѣста заключенія обязательственной сдѣлки. Послѣднее мнѣніе представляется наиболѣе правильнымъ и въ подкрѣпленіе его могутъ быть приведены самые вѣскіе доводы; этого-же мнѣнія придерживался въ общемъ еще Бартолусъ. При такомъ воззрѣніи остается въ силѣ система, обозначаемая выраженіемъ *locus regit actum*, согласно которой юридическія сдѣлки (даже тѣ, дѣйствіе которыхъ распространяется на другія страны) могутъ быть заключаемы въ формахъ, предписываемыхъ мѣстомъ ихъ заключенія.

Напримѣръ, завѣщаніе можетъ быть совершено въ той формѣ, какая требуется для него въ мѣстѣ его составленія, и, слѣдовательно, каждый иностранецъ можетъ въ предѣлахъ Германской Имперіи написать завѣщаніе собственноручно. Такой порядокъ вполнѣ раціоналенъ, ибо въ противномъ случаѣ многія юридическія сдѣлки не могли бы вовсе быть заключаемы въ нѣкоторыхъ государствахъ вслѣдствіе отсутствія въ нихъ тѣхъ органовъ, участіе которыхъ при заключеніи сдѣлки является необходимымъ по законамъ другого государства.

По общему принципу междугосударственнаго частнаго

права никакое государство не признаетъ дѣйствительными тѣ сдѣлки, которыя сообразно его воззрѣнію представляются безнравственными и противорѣчащими здоровому строю общественной жизни. Такое положеніе въ сущности представляетъ собой нарушеніе междугосударственнаго принципа, но оно должно быть оправдано въ виду того соображенія, что при извѣстныхъ условіяхъ формальная справедливость должна уступать предъ вліяніями высшаго порядка.

§ 107.

Въ отношеніи уголовнаго права возникаютъ также трудные вопросы. Каждое государство, естественно, караетъ всѣ преступленія, совершенныя на его территоріи. Спрашивается, могутъ ли подлежать сферѣ его уголовно-правовой репрессіи преступленія, совершенныя на другихъ территоріяхъ? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить утвердительно, насколько эти преступленія являются нарушающими или подрывающими основы и жизненныя условія даннаго государства, потому что всякому государству принадлежитъ право обороны въ случаяхъ посягательства на его неприкосновенность и область его жизненныхъ интересовъ.

Государство обыкновенно не выдаетъ своихъ подданныхъ, поэтому ему приходится иногда примѣнять уголовную репрессію и въ тѣхъ случаяхъ, когда самое преступленіе совершено за границей, хотя бы это преступленіе и не носило характера указаннаго выше, не представлялось посягательствомъ на жизненные интересы даннаго государства. Если, напримѣръ, подданный нашего государства, совершивъ преступленіе за границей, бѣжитъ на родину, нашему государству остается только перенять т. ск. по представительству на себя уголовно-правовую репрессію чужого, ибо въ противномъ случаѣ мы доставили бы преступникамъ убѣжище, что является съ международно-правовой точки зрѣнія недостойнымъ. Надо различать эту уголовную репрессію *по представительству* отъ *собственной*,—послѣдняя примѣняется и въ томъ случаѣ, если по поводу даннаго преступленія уже со-

стоялся приговоръ въ государствѣ, въ коемъ оно было совершено, и только отбытое уже тамъ наказаніе, по справедливости, должно быть зачтено, но репрессія по представительству не имѣетъ примѣненія въ томъ случаѣ, когда въ мѣстѣ совершенія преступленія дѣло уже разрѣшено, закончено, напримѣръ, вслѣдствіе оправдательнаго приговора, или погашенія преслѣдованія давностью, или отбытія наказанія.

§ 108.

Междугосударственное процесcуальное право занимается обсужденіемъ двухъ различныхъ вопросовъ: во первыхъ, изслѣдованіемъ сферы дѣйствія процессуально-правовыхъ судебныхъ функцій и, во-вторыхъ, обсужденіемъ способовъ взаимнаго содѣйствія государствъ въ цѣляхъ осуществленія задачъ правовой охраны. По отношенію къ первому вопросу установленъ тотъ принципъ, что судебныя дѣйствія, какъ выраженіе государственнаго суверенитета, не имѣютъ значенія внѣ сферы даннаго государства, за исключеніемъ, конечно, тѣхъ случаевъ, когда противное обусловлено взаимными конвенціями. Особенно важное значеніе имѣютъ конвенціи, въ силу которыхъ *рѣшенія гражданскихъ судовъ* одного государства могутъ быть приведены въ исполненіе въ другихъ государствахъ, такъ что законченный процессъ признается дѣйствительнымъ для всего міра. Такое положеніе, однако, можетъ быть установлено только въ очень ограниченныхъ размѣрахъ, и для туземнаго жителя было бы часто весьма тягостно, если бы онъ безусловно долженъ былъ подчиняться рѣшеніямъ иностранныхъ судовъ. Вотъ почему такая чрезмѣрная дѣйствительность рѣшеній иностранныхъ судовъ ограничивается обыкновенно различными условіями.

Взаимная государственная правовая помощь принимаетъ гораздо бо̀льшіе размѣры въ отношеніи приведенія въ исполненіе процессуальныхъ дѣйствій съ цѣлью споспѣшествованія постановленію правильнаго рѣшенія въ другомъ государствѣ; такъ, напримѣръ, государства принимаютъ по отношенію другъ къ другу обязанность допрашивать свидѣтелей,

сообщать свѣдѣнія и т. п. Такого рода содѣйствіе проявляется и въ *уголовномъ процессѣ*, между тѣмъ какъ уголовные приговоры обыкновенно не приводятся въ исполненіе. Взамѣнъ этого между государствами часто заключаются договоры о выдачѣ преступниковъ, для производства надъ ними суда и осуществленія наказанія. По общему правилу, каждое государство вправѣ выдавать преступниковъ, но оно можетъ быть обязано къ такой выдачѣ только въ силу заключеннаго договора. Государственные договоры представляютъ въ этомъ отношеніи большое разнообразіе и заключаютъ въ себѣ различныя правила. Обыкновенно въ эти договоры включено постановленіе, что выдаются только преступники, совершившіе опредѣленныя преступленія, и что, въ частности, не выдаются политическіе преступники; кромѣ того, континентальныя Европейскія государства руководствуются тѣмъ принципомъ, что собственные подданные не подлежатъ выдачѣ.

Вопросъ о выдачѣ преступниковъ еще недостаточно разработанъ, и въ этомъ отношеніи остается еще многаго желать. Въ частности, нельзя не пожелать, чтобы заинтересованному лицу предоставлено было всегда требовать судебнаго разрѣшенія вопроса о томъ, можетъ ли оно быть выдано. Задачей будущихъ преобразованій въ этой области должно также явиться выдѣленіе анархистскихъ преступленій изъ разряда политическихъ и лишеніе анархизма привилегіи убѣжища, которая установлена въ виду совершенно иныхъ соображеній.

Цѣна 1 р. 50 к.